STF: "...PRECIPUAMENTE A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO..."**

SUPREME COURT: "... THE MAJOR DUTY FOR SAFEGUARDING THE CONSTITUTION ..."

TÁCITO LÍVIO MARANHÃO PINTO*

Recebido para publicação em setembro de 2010.

Introdução

O termo "Constituição" é plurívoco. Para fins deste trabalho, a Constituição será considerada como "uma ordem jurídica fundamental que consagra as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação futura".[1]

Vergottini diz que o termo "Constituição" possui múltiplos aspectos além do jurídico. E sob o aspecto jurídico, a Constituição é a norma primária sobre a qual se fundamenta todo o ordenamento jurídico.[2]

Tendo uma tal importância, a Constituição deve ser protegida, guardada de eventuais ofensas que podem surgir no âmbito do Estado e da sociedade organizada; ofensas que podem colocar em risco o próprio Estado e de consequência à própria sociedade.

É cediço que a guarda e proteção da Constituição Federal é responsabilidade de todos em geral e especificamente dos Poderes constituídos.

Para o Legislativo, prevê a Carta Magna a criação de Comissões em ambas as Casas (cf. art. 58), para analisar a constitucionalidade dos projetos de emendas constitucionais e de leis. Tal análise considera os aspectos formais (quanto à origem e tramitação) e os aspectos materiais (quanto ao conteúdo). Exercem assim as Casas Legislativas um controle de constitucionalidade dito "preventivo".

O Chefe do Executivo também é responsável pela guarda e proteção da Carta Política. Quando de sua posse diante do Congresso Nacional, promete solenemente, nos termos do artigo 78: "(...) manter, defender e cumprir a Constituição (...)". Através do instituto do veto

** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em 09 de agosto de 2004 no Curso de Especialização em Direito Constitucional, Pós-Graduação *Lato Sensu*, da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

* Consultor Jurídico. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

[1] PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra as omissões legislativas.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23.

[2] VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato.* 3. ed. CEDAM: Padova, 1991.p. 123-124.

(cf. art. 66 §1º) poderá o Presidente vetar, no todo ou em parte, o projeto de lei que considerar inconstitucional, impedindo-o de entrar no ordenamento jurídico pátrio.

As Mesas da Câmara e do Senado, bem como o Presidente da República, estão entre os legitimados para, a qualquer tempo, ajuizar ação arguindo a constitucionalidade de lei ou ato normativo (cf. art. 103 I; III; §4°) e assim buscando na Suprema Corte o reconhecimento ou não da constitucionalidade posterior à edição da referida lei ou ato.

Embora responsabilidade de todos, a proteção da Constituição encontra no Supremo Tribunal o seu último bastião. Pois a Constituição Federal define que a função principal daquela Corte é de proteger e guardar a própria Carta Magna. Exerce um papel preponderante no Controle da Constitucionalidade, com intuito de assegurar a primazia, a supremacia da Constituição. Exerce o STF as funções de uma Corte Constitucional, impedindo que leis e outros atos com força de lei firam o texto constitucional, ou ainda que a omissão do legislador enseje o não cumprimento de preceito constitucional.

Estabelece o art. 101, parágrafo único, da Constituição Federal, que os Ministros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

> Art. 101 - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, - escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
>
> Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão - nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Com a recente renovação do quadro de Ministros, para suprir as vagas abertas com a aposentadoria de vários dos componentes da Suprema Corte, reabriu-se a discussão sobre as competências e atividades do Supremo Tribunal, sobre a forma como a Corte cumpre o seu papel de guardião da Constituição.

Ainda que a aprovação pelo Senado Federal seja mandatória, não houve na história recente do País, indicação do Executivo que tenha sido rejeitada. É mencionado que em 1894 o médico clínico Cândido Barata Ribeiro, tendo sido indicado como Ministro da Corte Suprema, teve seu nome reprovado pelo Parlamento, que considerou imprescindível o "notável saber jurídico". Registre-se o fato, ao menos curioso, que Barata Ribeiro foi nomeado para o Supremo Tribunal Federal em 23 de outubro de 1893 e tomou posse em novembro do mesmo ano, mas somente em setembro de 1894 é que o Senado da República, apreciou tal nomeação

e "negou a aprovação", tendo o referido ministro deixado o exercício do cargo em 29 de setembro de 1894.[3] O professor Álvaro Jorge, em trabalho ainda não publicado, desenvolvido na *Harvard Law School*, menciona que além de Barata Ribeiro, mais dois outros indicados por Floriano Peixoto, foram também reprovados, pois eram militares de carreira, e não detinham os requisitos para o desempenho da função na Suprema Corte: Galvão de Queiroz e Everton Quadros.[4] Em breve histórico encontrado no *site* (www.stf.gov.br) do Supremo Tribunal Federal afirma-se que foram cinco os indicados para Ministros que tiveram indicação rejeitada pelo Senado Federal em mais de 115 anos de história republicana, e todas as ocorrências foram durante o Governo do Marechal Floriano (1891-1894): Candido Barata Ribeiro, Inocêncio Galvão de Queiroz, Antonio Seve Navarro, Raymundo Ewerton Quadros e Demosthenes da Silveira Lobo.

Possuindo o Senado mera atividade homologatória da indicação do Presidente da República, questiona-se a objetividade das decisões proferidas pelos Ministros quando do julgamento de temas de interesse do Executivo.

A sociedade se apercebe da fragilidade deste sistema de escolha. Veja-se a carta de um leitor de prestigioso jornal de circulação nacional:

No Primeiro Mundo, isto é, na Europa, os membros das cortes máximas da Justiça são nomeados por antiguidade e por merecimento nos cargos de juízes. Isso significa que a pessoa, ao ser promovida para a Suprema Corte de Justiça, já adquiriu, nos anos de magistratura, um enorme saber jurídico, bem como um equilíbrio emocional para o exercício desse altíssimo cargo do Judiciário. No Brasil, essas coisas acontecem com uma simplicidade espantosa. Por que os atos ou fatos de nossa administração pública se constituem por meio apenas de uma canetada de político? Infelizmente, a nossa Suprema Corte de Justiça é constituída dessa forma. Seu nome, portanto, deveria ser Suprema Corte Política.[5]

Há necessidade de democratizar essa forma de indicação, criando sistemas mais transparentes. Várias são as propostas em discussão nos vários fóruns. Seja na PEC 96/92 que propõe reformas profundas no Poder Judiciário, seja na proposta do professor José Afonso da Silva, aprovada pela OAB em na sua XVIII Conferência Nacional, realizada em novembro de 2002. Fala-se em quarentena de, no mínimo, três anos para o candidato a Ministro do STF.

[3] LAGO, Laurenio. Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: dados biográficos (1828–2001). 3. ed. atual. Brasília: STF, 2001. p. 203-204.

[4] JORGE, Álvaro Amaral de F.C. P. The branch and the bench: a discussion about the appointments for the Brazilian Supreme Court. Harvard Law School, [2002]. Trabalho não publicado.

[5] FERREIRA, Abenor G. Judiciário. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 6 jun. 2003. Painel do Leitor, p. A3.

Para concorrer, o indicado não poderia ter atuado no Executivo ou Legislativo durante esse período. Dessa forma, seria evitado qualquer tipo de comprometimento entre quem faz a indicação e quem é indicado, preservando-se a independência entre os Poderes.

Poder-se-ia, ainda adotar um sistema que dividisse a indicação entre os três Poderes de forma igualitária a exemplo da Itália.

A sabatina no Congresso poderia continuar vigorando para que a sociedade, através dos Parlamentares, pudesse aferir a independência do futuro Ministro. Todavia esta parte do processo de escolha dos futuros Ministros deveria ser feita com maior esmero, a exemplo do que se faz nos Estados Unidos, e não somente com o espírito ratificador como tem se demonstrado ao longo da história republicana.

O Senado tem apenas referendado burocraticamente a escolha presidencial. A luta pela mudança no processo de indicação dos ministros do Supremo, guarda ainda o temor da consolidação de uma "bancada governista" no Supremo, vinculando o Poder Judiciário ao Poder Executivo. Teme-se que ministros do Supremo tenham uma atuação com tendência política ao invés de se deter na observância da regra normativa. Quando se sabe que vários ministros estão deixando compulsoriamente a Suprema Corte e que está havendo uma série de indicações e substituições que alterarão a composição do STF, com a nomeação de novos Ministros, essa questão ganha premência no debate de toda a sociedade brasileira, porque se buscam Magistrados dotados de isenção absoluta, missão distanciada daquela que se restringe a tornar mais fácil ou mais difícil a vida de um governante e de suas políticas.

Importante salientar que embora, atualmente, vários dos integrantes do Supremo tenham exercido cargos junto ao Executivo, nem por isso compõem uma "bancada governista". Com raras exceções, a atuação dos ministros tem sido pautada pela isenção.

Ainda que haja críticas ao sistema atual de indicação dos Ministros é bem de dizer que há inúmeros exemplos em que, embora tenha sido questionada a indicação do Executivo, o ministro termina por ter uma atuação acima de qualquer suspeita, demonstrando elevada competência jurídica e independência em suas decisões, a despeito de todos os senões. No entanto, há também aqueles Ministros que beneficiam o Executivo com votos políticos e seguidos pedidos de vistas em processos de relevância para a sociedade, impedindo que o Supremo se posicione.

Os Poderes precisam manter sua autonomia e evitar executarem papéis que não lhes cabem, exorbitando de suas atribuições e ensejando possíveis crises institucionais.

O peso do executivo na indicação dos Ministros bem pode ser traduzido pela frase:

> Sujeito que está aos desígnios do príncipe, o modelo atual de composição do STF obstaculiza a consolidação da cidadania em favor do agigantamento do Estato-Leviatã, com perdão da redundância, que, no caso brasileiro, responde pelo nome de Executivo, sem freios e contrapesos.[6]

Ao Poder Judiciário compete apenas aplicar a lei, cumprindo o formalismo judicial. Em todas as matérias que julga, não deve privilegiar interesses públicos ou privados; apenas decidir entre o constitucional e o inconstitucional, limites que jamais devem ser desrespeitados.[7]

Para o cidadão comum que tem acesso à mídia há outros fatores que mostram indícios de que a Suprema Corte não funciona com a independência e eficiência necessárias. Como órgão de cúpula do Judiciário a Suprema Corte está sempre sobrecarregada a apreciar milhares de processos que lhe chegam, principalmente pela via recursal. A atividade legislativa do Executivo através das Medidas Provisórias muitas delas desprovidas dos requisitos de "urgência e relevância" e mal redigidas ensejando o controle de constitucionalidade traz ainda mais trabalho para a Corte. E finalmente uma Constituição em mutação, devido ao grande número de Emendas Constitucionais que vão alterando pontos importantes, e que tornam difícil a tarefa dos Ministros de zelarem pela integridade da Carta.

O presente trabalho quer aprofundar as discussões sobre influência direta ou indireta do Executivo sobre a guarda e o guardião da Carta. Influência que tem ocorrido ao longo da história constitucional e não apenas pela forma de indicação dos Ministros. De que maneira a Suprema Corte exerce a sua função de guarda da Constituição, quais suas limitações, de que ferramentas dispõe e como têm sido estas utilizadas.

No capítulo primeiro pretende-se analisar as idéias de C. Schmitt em confronto com os conceitos de Kelsen sobre a guarda da Lei Maior. Schmitt defendia a idéia de que é o primeiro mandatário de um Estado aquele que guarda a Constituição. Famoso é o seu discurso em que peremptoriamente afirma que é o *Führer* o guardião da Constituição.[8] H. Kelsen contrapõe-se a C. Schmitt quando propugna pela existência de um órgão independente cuja função maior deve ser a guarda da Constituição; foram suas posições que deram origem aos Tribunais Constitucionais modernos.

---

[6] SANTOS, Cláudio Luiz dos. *A composição do STF.* São Paulo, 2003. Disponível em: <www.neófito.com.br/artigos/art01/juridi38.htm>. Acesso em: 09 ago. 2003.

[7] AIDAR, Carlos Miguel. Democratizando as indicações ao Supremo Federal. *Folha de São Paulo,* São Paulo, 26 abr. 2003. Opinião, p. A-3.

[8] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito.* São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 66.

No Segundo capítulo será percorrida a história do STF e a evolução do controle de constitucionalidade, bem como a forma de indicação dos Ministros ao longo da história do Brasil.

No terceiro capítulo será analisada a forma como o Supremo Tribunal foi influenciado pelo Executivo, e como os instrumentos de controle de Constitucionalidade apontam para um enfraquecimento crescente do controle pelo sistema difuso.

No quarto capítulo, que conclui o trabalho, será demonstrado que apesar de possuir competências de corte constitucional o Supremo não consegue exercer plenamente estas funções, terminando por deixar a Constituição sem outra proteção que aquelas previstas no próprio texto (cláusulas pétreas e o processo legislativo para emendas constitucionais). Ainda que conte com o trabalho de Ministros preparados, dedicados ao seu mister, o zelo pela Constituição tem sido exercido com timidez.

Longe de esgotar o complexo tema, visa esta monografia oferecer subsídios para a reflexão e estudo.

1 A retomada de um ANTIGO (e Atual) Debate: Quem é o guardião da Constituição?

Relata o biógrafo de Kelsen que, em outubro de 1918, após deixar o exército (onde servira como tenente desde 1914 com o início da I Grande Guerra), o jurista vienense retomou suas atividades acadêmicas. Foi então chamado pelo Chanceler, Dr. Karl Renner, para que cooperasse com o grupo que estava preparando a constituição "definitiva da República". O trabalho prosseguiu nos anos seguintes. Parte do trabalho foi publicado em 1919; havia uma solicitação ao grupo redator que dentro do possível tivessem como modelo a Constituição de Weimar, que também se encontrava em preparação.[9] Suas idéias sobre o controle da constitucionalidade passaram incólumes durante o debate parlamentar, e sua proposta de que o Tribunal Imperial fosse convertido em um verdadeiro Tribunal Constitucional foi aprovado e tornou-se o primeiro deste tipo na história do Direito Constitucional. A Constituição de Weimar é concluída em 11 de agosto de 1919 e pouco mais de um ano depois, em 1º de Outubro de 1920, foi promulgada a Constituição da República da Áustria. É no título IV da Constituição Austríaca que se insere o Tribunal Constitucional. Nasce o que viria a ser chamado "controle de constitucionalidade concentrado" a ser exercido por um órgão jurisdicional especializado e capaz de decidir sobre a validade das leis em face da Constituição.

[9] MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen: vida y obra.* México: UNAM, 1976. p. 41.

Em 1931, o jurista alemão, Carl Schmitt, professor de Direito Público em Estrasburgo e depois em Bonn e Berlim, publica o livro *Der Hüter der Verfassung* – (O guardião da Constituição) que vem a ser uma compilação, elaborada e ampliada, de trabalhos que configuravam as suas teses sobre quem deveria exercer esse papel institucional. Sustenta o autor que a defesa da Constituição deveria ser atribuição do Presidente do *Reich*.

Naquele mesmo ano de 1931, quando a República de Weimar apresentava fortes sinais de decadência, Kelsen responde a C. Schmitt em um longo artigo: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* - (Quem deve ser o guardião da Constituição?)[10] Incluído em uma obra de Kelsen sobre a justiça constitucional e publicada, apenas recentemente em língua portuguesa.[11]

O termo *Hüter* poderia ser traduzido como: guardião, protetor ou ainda defensor.

Com a análise das posições dos dois autores nestes escritos, abre-se a polêmica que se quer analisar como base teórica e conceitual desta monografia.

1.1 As posições de Carl Schmitt

A Constituição de Weimar, promulgada em 1920, era uma Constituição moderna de cunho marcadamente social. Surge em um país destruído pela Guerra e sufocado pelas condições do Tratado de Versalhes; fora apreciada e votada apenas sete meses depois do armistício.

O Prof. Fábio Konder Comparato assim resume aquele período:

> Instalada em 6 de fevereiro de 1919, A assembléia nacional constituinte encerrou seus trabalhos em 31 de julho seguinte, quando foi aprovada a nova Constituição por 272 votos contra 75 e várias abstenções. Pouco antes, porém, em 9 de julho, a assembléia havia ratificado o tratado de Versalhes, que impôs à Alemanha indenizações de guerra em montante desproporcional e insuportável. Como advertiu Keynes, as potências vencedoras criavam com isso as condições predisponentes de um futuro colapso financeiro da República Alemã, tornando impossível a sua normal integração no concerto europeu do pós-guerra. O fator desencadeante da bancarrota adveio dez anos após, com o colapso da Bolsa de Nova York e a grande depressão mundial que se lhe seguiu. Abria-se, assim, o palco para a

[10] KELSEN, H. Wer soll der Hütter der Verfassung sein?, in Die Justiz. Monatsschrift f. Erneuerung d. Deutschen Rechstswesen, Heft 11-12 tomo 6, Grünewald W. Rotschild: Berlin, 1931. p. 576-628.

[11] Id. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

> entrada em cena da barbárie nazista, que destruiu a República de Weimar em poucas semanas, no início de 1933.[12]

Hiperinflação e desemprego bem como instabilidade institucional e crises políticas caracterizavam o ambiente em que C. Schmitt publicou *Der Hüter der Verfassung*. A fragmentação das forças política no Parlamento fez surgir uma verdadeira obsessão em C. Schmitt: o temor de que a fragmentação se estendesse ao próprio Estado Alemão.[13]

Para melhor compreensão de seus conceitos sobre o tema em tela, deve-se procurar as respostas de Schmitt para as seguintes questões: O que é uma Constituição? Porque deve ser protegida? E a partir destas respostas, entender a sua proposição sobre a guarda da Constituição.

É em sua obra de 1922 *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição) que Schmitt define que a Constituição provém do poder Constituinte e é estabelecida pela sua vontade, tendo nesse fato o seu fundamento de validade, ou seja, a Constituição vale enquanto vontade política deste poder.

> La Constitución en sentido positivo surge mediante un 'acto del poder constituyente'. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad politica considerada en su particular forma de existencia.[14]

A Constituição é uma decisão política fundamental, única e que ocorre no âmbito da Assembléia Constituinte formada por aqueles representantes legitimamente eleitos pelo povo. O fundamento da Constituição não está na razão e sim na vontade; a Constituição é decisão e não norma.

Essas afirmações representavam uma reação ao predomínio da norma e da lógica jurídica desvinculada do momento histórico, característica dos positivistas, que para enfrentar o debate sobre o fundamento de validade do direito, prescindiam dos aspectos econômicos, culturais, históricos e morais envolvidos.

Para Schmitt, uma Constituição nasce dentro de um contexto histórico e sofre a influência desse mesmo contexto, pois representa uma vontade preexistente: à vontade de

[12] COMPARATO, Fábio Konder. *A constituição alemã de 1919*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>. Acesso em: 22 set. 2003.

[13] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito.* São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 27.

[14] SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución.* Madrid: Alianza Editorial, 1992. p. 45-46.

um povo, ou melhor, de uma nação.[15] Essa vontade de uma nação, essa decisão fundamental tem como objeto a forma e o modo da unidade política, unidade que precede a própria Constituição e lhe serve de fundamento. Essa unidade política não é apenas fática, mas também jurídica, e o objetivo maior da Constituição é prover uma estrutura política para essa unidade. Logo, a Constituição que surge desse momento político contém a totalidade da unidade política.[16]

Assim se expressa Schmitt: *Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución.*[17]

Schmitt considera a Constituição como decisão; e assim, representando a vontade e a decisão do próprio povo, da Nação, deve ser protegida, guardada e preservada, contra as tentativas de quem quer que seja de ofender-lhe a integridade.

Assim compreendido, para o escopo deste trabalho, os conceitos de Constituição e da necessidade de sua proteção, pode-se enfrentar a questão da definição do protetor ou guardião da Constituição.

O citado autor inicia sua obra definindo, de forma clara, a necessidade deste Guardião: *La demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución.*[18] Se situações críticas podem ameaçar a Constituição ameaçam também a unidade política que ela encerra; e dessa forma o protetor da Constituição é também o protetor desta unidade política que fundamenta o próprio Estado.

C. Schmitt começa a expor suas idéias olhando para os poderes do Estado e procurando mostrar qual deles seria mais adequado a cumprir este papel de defensor da integridade da Constituição.

No primeiro capítulo de seu livro *Der Hüter der Verfassung*, capítulo que denomina: *La Justicia como Protectora de la Constitución,* busca mostrar porque os Tribunais não poderiam ter esse papel institucional; busca "desqualificar" o Poder Judiciário, e o faz dizendo que a proteção deveria ser principalmente contra os avanços do legislador e que o controle do Judiciário é sempre *a posteriori* por meio da subsunção da norma ao fato, subsunção que se explicita na sentença ou decisão judicial. A função judicial é a decisão de casos de acordo com

[15] Ibid., p. 71 e 96.

[16] BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o estado total e o guardião da constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, p. 196-201, jan./jun. 2003.

[17] SCHMITT, op. cit., p. 47.

[18] SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 27.

a lei e não a discussão do conteúdo da lei. O judiciário não pode colocar-se acima do legislador; afinal "Uma lei não pode ser protegida por outra lei" (*Ein Gesetz kann nicht Hüter eines anderen Gesetz sein).*[19]

Schmitt demonstra uma visão limitada da atuação do poder judiciário, pois para ele, toda decisão judicial é sempre aplicação da norma abstrata ao caso concreto; logo, considerar como atribuição de um Tribunal a defesa da Constituição resultaria na formação de um Estado Judicialista em que toda a atividade política seria controlada pelos Tribunais, e isso seria a judicialização da política.[20]

Um magistrado sem coloração política, tentando ser imparcial e neutro não poderia, definitivamente, decidir sobre questões constitucionais que têm origens preponderantemente políticas.

Tampouco pode a Constituição ter como guardião o Parlamento, porque era uma casa dividida e atendia a interesses políticos os mais diversos. Em Weimar, os partidos políticos inviabilizam qualquer tomada de decisão. Se os interesses conflitantes dificultam a elaboração de leis ordinárias, muito mais complexo seria ao Parlamento cumprir com isenção o papel de protetor da Constituição.

Para C. Schmitt os ataques à Constituição têm caráter eminentemente político, e assim a legalidade da Constituição deve ser buscada por meios políticos, meios estes de que não dispõe o poder judiciário. O único defensor autêntico, capaz de uma defesa política é o próprio povo.

A criação do Direito se dá através do Legislativo, a aplicação desse mesmo Direito se dá por meio da atuação do Judiciário, ou seja: a aplicação do Direito e não outra é atividade própria da jurisdição.

Por eliminação e, pensando-se na doutrina da separação dos Poderes, resta ao Executivo, na pessoa do Presidente, a tarefa de proteger o Direito e sendo considerado que o Direito maior, enquanto decisão política fundamental, está contido na Constituição, é o Executivo que assumirá este papel.

A proposta de Schmitt é que o guardião da Constituição deve ser aquele que foi diretamente escolhido pelo povo e esse, naquele momento histórico, era o Presidente do

[19] BERCOVICI, op. cit., p.195.

[20] MALISKA, M. A. *Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade*. São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/justitia/doutrinas_civeis.htm>. Acesso em 22 set. 2003.

Reich Alemão. Foi a interpretação extensiva do artigo 48 da Constituição de Weimar que serviu–lhe de base.

> Artigo 48 - Quando um Estado (*Land)* não cumpre os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do *Reich*, o Presidente do *Reich* pode obrigá-lo com a ajuda das forças armadas. Quando, no *Reich* alemão, a ordem e a segurança públicas estão consideravelmente alteradas ou ameaçadas, o Presidente do *Reich* pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, inclusive com a ajuda da força armada caso necessário. Para tanto, pode suspender temporariamente, em todo ou em parte, os direitos fundamentais consignados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. De todas as medidas que adote com fundamento nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, o Presidente do *Reich* deverá dar conhecimento ao Parlamento (*Reichstag)*. A pedido deste, tais medidas se tornarão sem efeito. O Governo de um Estado (*Land)* poderá aplicar provisoriamente as medidas expressas no parágrafo 2º deste artigo quando o atraso em adotá-las implique perigo. Tais medidas se tornarão sem efeito a pedido do Presidente do *Reich ou do Parlamento.* Os pormenores serão regulamentados por uma lei do *Reich.*

Nesse artigo, o Presidente do *Reich* possui poderes excepcionais e Schmitt identifica esses poderes como aqueles necessários para cumprir o papel de Guardião da Constituição. Tal artigo concedia ao chefe do Estado, eleito diretamente pelo povo, e por isso seu digno representante, o poder de declarar um estado de exceção e, de assim, governar valendo-se de instrumentos emergenciais. Durante esse tempo de exceção, o Presidente prescinde de qualquer consulta ao Parlamento.[21]

Schmitt afirma em sua obra *Teologia Política* que "soberano é aquele que decide na situação de exceção". Se a Constituição nasce de uma decisão soberana do povo, somente aquele que é legitimado pelo povo e que pode assumir a soberania no momento de exceção pode ser o autêntico guardião da Constituição. A interpretação de Schmitt do artigo 48 lhe permite essa conclusão; afinal, por muitas vezes esse artigo foi invocado para fazer frente as inúmeras crises institucionais que ameaçavam o próprio *Reich.* A bem da verdade, crises em sua grande maioria, de fundo econômico.

Em seu comentário sobre o discurso do Presidente do *Reich* no *Reichstag* (Parlamento) em julho de 1934, ("O *Führer* protege o Direito"*)* Schmitt afirma textualmente: "O *Führer* protege o direito do pior abuso, quando no instante do perigo cria o direito sem mediações, por força da sua liderança *(Führertum*) e enquanto Juiz Supremo".[22]

[21] SCHMITT, Carl. A revolução legal mundial: superlegalidade e política. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 42, 1997. p. 102.

[22] MACEDO, op. cit., p. 220.

Com esta afirmação valida uma Judicatura suprema. O *Führer* tudo pode e em tudo podendo é o único a quem se pode atribuir o epíteto de Guardião da Constituição.

Hitler, em Janeiro de 1933, assim jurara sobre a Constituição de Weimar: "Juro dar todas as minhas forças para salvaguardar a Constituição e as leis do *Reich* cumprindo com o meu dever com imparcialidade e eqüidade para com todos". (*Berliner Tagblatt,* 1933)

Em fevereiro de 1933, após o incêndio do Parlamento (*Reichstag)*, um decreto do Presidente do *Reich,* tendo por base o artigo 48 da Constituição de Weimar, suspende as garantias constitucionais relativas à liberdade individual, e foi denominado: "Decreto do Presidente do *Reich* para a proteção do povo e do Estado".

Schmitt se filia ao Partido Nacional Socialista, em 1º de maio de 1933. Ele "foi o mais notável constitucionalista alemão a aderir ao nazismo".[23] Ainda que tenha feito uma autocrítica nas obras que escreveu no pós-guerra, resta a marca indelével em sua biografia de ter feito parte do Grupo de Professores Universitários da Liga Nacional-Socialista de Juristas Alemães.

Interrogado durante o famoso Tribunal de Nuremberg (1945-1946), afirmou sentir-se "prisioneiro de suas próprias idéias..."; o resto é história, e ao menos no que tange ao Guardião da Constituição foi à própria história que, de forma trágica, reprovou as ideias de Carl Schmitt.

1.2 Carl Schmitt e Hans Kelsen: Encontros e Desencontros

Kelsen e Schmitt se ocupam do tema sobre a guarda da Constituição, num período em que profunda crise político-institucional agitava a Europa pós-primeira guerra. Os dois autores contemplavam uma mesma crise econômica e social que o *Reich* alemão atravessava sob a égide da Constituição de Weimar.

A carreira e a obra de ambos, várias vezes se entrecruzaram ainda que, no mais das vezes, em direções opostas.

Desde a década de 1910 C. Schmitt escrevia, manifestando o seu desacordo com as ideias de Kelsen. Sustentava ele, que o Direito precede o Estado e que, portanto esse não pode ser o criador do Direito.[24]

[23] MACEDO, op. cit., p. 29.

[24] HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt: Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 86, p. 195-227, out./dez. 1994.

Há uma série de temas comuns estudados por Schmitt e por Kelsen. A questão da Soberania, com que se ocupou Schmitt, também foi alvo do interesse de Kelsen, quando nos anos em que transcorria a 1ª Guerra. Juntamente com vários outros juristas, iniciou uma extensa pesquisa sobre o "problema da soberania". Ambos os autores se interessaram por analogias entre conceitos do Direito e da Teologia. Carl Schmitt escreve a sua "Teologia Política" (1922); Kelsen, sob influência psicoanalítica escreve sobre "Deus e o Estado", e em 1913 publica os resultados de seus estudos sobre o Ilícito Penal traçando um paralelo entre o ilícito estatal e a teodicéia.[25]

Todavia a vida, os pensamentos, a obra e as escolhas, colocaram Kelsen e Schmitt de lados opostos da história. Nos anos finais da 2ª Grande Guerra, o mestre vienense encontrava-se em Berkeley, nos Estados Unidos, onde iniciara suas atividades de docência no ano acadêmico 1942-43. Naquela ocasião, fora convidado a assumir uma posição de assessor técnico em Washington, D.C., o que lhe abriu caminho para assessorar a *War Crimes Commisision*, tendo se ocupado, durante três meses, dos preparativos técnico-jurídicos dos processos de Nuremberg [26], o mesmo Tribunal a que fora chamado Carl Schmitt na qualidade de acusado.

Quando Schmitt publica seus artigos sobre o tema da guarda da Constituição, Kelsen era Juiz da Corte Constitucional Austríaca, cargo que ocupara desde 1921 e que somente deixaria em Julho de 1930, quando devido às mudanças introduzidas, nas leis que regulamentavam o processo de escolha dos Juízes daquela Corte, teria que se filiar a um partido político para continuar no cargo. A sua peremptória recusa obrigou-o a deixar aquela importante posição que era sua de fato e de direito.

Kelsen não fora apenas o principal mentor e criador do sistema concentrado de controle da constitucionalidade, mas servira na prática jurisdicional, exercendo um relevante papel naquele Tribunal. Conhecia o seu funcionamento; sua indicação como membro e Juiz vitalício fora confirmada por todos os partidos representados na Assembléia Nacional (Constituinte) que elaborara a Constituição. Durante mais de 10 anos exercera o seu tirocínio com dedicação e discernimento.

Quando em 1931 responde às idéias de Carl Schmitt, Kelsen encontrava-se em Colônia, já como Decano daquela renomada Universidade, e é nesta função, principalmente por sua indicação, que Schmitt fora convidado a ocupar a cátedra de Direito Público. Relata Metall que

[25] MÉTALL, op. cit., p. 48.
[26] Ibid., p. 85.

em 1933, em grande parte devido à ausência de uma assinatura de Schmitt, Kelsen foi removido da posição que ocupava como Professor e Decano: *De todas las maneras, gracias a la involuntaria ayuda de Carl Schmitt, Kelsen escapó de algo mucho peor que una simples privación de empleo.* [27]

1.3 As ideias de Hans Kelsen

Para Kelsen a Constituição é o fundamento do Estado e toda a ordem jurídica é apreendida a partir dela. A Constituição encerra as regras para a elaboração e criação das normas jurídicas "essenciais do Estado". Afirma que ela é "o fundamento da ordem estatal". A Constituição estabelece limites para o exercício do poder. "A Constituição traça princípios, diretivas, limites, para o conteúdo das leis vindouras".[28]

Não é apenas uma regra procedimental, mas também regra de fundo; assim não apenas determina a forma como as leis devem ser formuladas, mas estabelece fundamentos, e princípios que não poderão ser ameaçados ou contrariados pelas leis subsequentes. Assim o direito subjetivo à igualdade, liberdade e à propriedade entre outros, devem ser respeitados pelas leis e atos normativos que decorrem da lei maior.

As leis devem submeter-se à Constituição sob o aspecto formal e dependendo da posição que a lei se encontra na pirâmide normativa, deve esta respeitar a Carta Magna no que tange a limites materiais.

Proteger a Constituição é garantir a constitucionalidade das leis e atos normativos.

Quando uma lei ou ato normativo é elaborado sem respeitar os limites de forma e conteúdo impostos pela Carta Política, essa lei ou ato normativo viola a Constituição e assim deve ser expurgada do ordenamento, sob risco de que se ameace a supremacia da Carta Magna e se coloque em perigo o próprio Estado de Direito.

Dessa forma, Kelsen foi o grande precursor da criação de um órgão *ad hoc* que foi chamado Tribunal ou Corte Constitucional, para desempenhar o papel de guardião da Constituição. Esse teria as seguintes características:

[27] MÉTALL, op. cit., p. 6

[28] KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130-131.

a) seria independente dos outros poderes estatais, seja do Parlamento e do Governo, que criam o Direito, que dos outros Tribunais que produzem jurisprudência que é também fonte do Direito;[29]

b) sua principal função é a de expurgar do ordenamento jurídico qualquer lei ou ato normativo que afronte a Constituição. Age como legislador negativo. O legislador positivo é aquele que com seu labor insere espécies normativas no ordenamento jurídico, *contrario sensu* o legislador negativo expulsa, alija do mundo jurídico o ato que ofende a Carta Política;[30]

c) sua atuação se caracteriza como um controle concentrado, repressivo e abstrato de constitucionalidade. Concentrado, pois é órgão único e exclusivo cuja competência é exclusiva para decidir sobre questões constitucionais. Repressivo porque se ocupa do ato após sua publicação, isto é, após a sua entrada no mundo jurídico, e abstrato porque avalia a lei ou ato normativo como tal, sob a ótica objetiva, não necessitando da ocorrência de caso concreto para demonstrar a ofensa à lei maior. A sua atuação busca a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais. Tal atuação prescinde da existência de qualquer ato concreto;

d) esta modalidade de controle de constitucionalidade é exercida por meio de ação própria e por isso é também denominado controle por via da ação direta ao Tribunal Constitucional;

e) os membros deste Tribunal serão poucos. "O número de seus membros não deverá ser elevado, pois é sobre questões de direito que ele é chamado a se pronunciar e ele deve cumprir uma missão meramente jurídica de interpretação da Constituição";[31]

f) seus membros devem ser juízes indicados pelo Governo e que serão eleitos pelo Parlamento. Esses devem ser juristas de carreira e poderiam, até mesmo, ser apresentados, em parte, por uma comissão que represente as Escolas de Direito. Os membros do parlamento ou do Governo não deveriam fazer parte dessa Corte. No Tribunal Constitucional da Áustria, que possui 20 membros "somente seis (06) poderiam ser escolhidos entre os membros das Assembléias Legislativas; os catorze (14) outros são geralmente juristas de carreira escolhidos notadamente entre os professores de Direito Público ";[32]

g) os legitimados para argüir a inconstitucionalidade seriam somente os órgãos políticos definidos na própria Constituição. O Governo Federal, quando o objeto fosse as leis estaduais em face da Carta Magna; os governos dos Estados (*länder)* quando se fizesse necessário à análise de leis federais que ferissem as competências constitucionalmente definidas para esses mesmos Estados. Essa legitimidade ativa restrita

[29] LULL, Juan Manuel Lopez. Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes. Madrid: Tecnos, 1999. p. 43.

[30] KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.171-172.

[31] KELSEN, op. cit., p. 153-154.

[32] KELSEN, op. cit., p. 192.

somente a esses dois órgãos políticos mostrou-se insuficiente para proteger direitos individuais que estivessem garantidos pela Constituição e que fosse alvo de cerceamento devido a leis ou atos normativos. Em 1929, com a reforma da Constituição Austríaca, dois outros órgãos judiciários foram também legitimados: a Corte Suprema e a Corte Administrativa. Ainda que eles mesmos não pudessem exercer o controle de constitucionalidade diretamente, podiam requerer da Corte Constitucional que o fizesse;[33]

h) A atuação desse Tribunal sofre uma influência política que, segundo Kelsen, seria tanto indesejável quanto difícil de afastar[34]. Arantes afirma que no modelo de controle de constitucionalidade concentrado, o caráter político (...) é reconhecido explicitamente pela engenharia institucional que deposita o monopólio da função num órgão externo ao judiciário (...).[35]

Em debate no Instituto Internacional de Direito Público, em 1928, Kelsen afirma que essa experiência pioneira na História, de estabelecimento de um órgão independente que concentre o controle de constitucionalidade, "deu resultados bastante satisfatórios". Alerta todavia, para o risco a que chama de "grave perigo" da influência dos partidos políticos na indicação de juízes.[36]

A influência do "sistema austríaco" foi grande e muitos países da Europa continental o adotaram em suas Constituições, a saber: Checoslovaquia (1920), Espanha (1931), Itália (1948), Alemanha (1949), Chipre (1960), Turquia (1961), Iugoslávia (1963), Portugal (1976, e na reforma de 1982), Espanha (1978) e Polônia (1986), entre outros.[37]

1.4 As Críticas de Hans Kelsen a Carl Schmitt

Conhecidas as posições dos dois eminentes professores, pode-se analisar as críticas que Kelsen fez às ideias do professor de Berlim.

Embora os autores apresentem soluções distintas para o tema da guarda da Constituição, eles compartilham de algumas posições.

Os dois criticaram a ideia de que o próprio Parlamento pudesse ser o guardião da Carta. Schmitt argumenta, tendo como pano de fundo a situação de instabilidade das instituições

[33] CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992. p. 105-107.

[34] KELSEN, op. cit. p. 154.

[35] ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp; Sumaré; Fapesp; Educ: 1997. p. 54.

[36] KELSEN, op. cit., p. 193.

[37] VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 12, mar. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 set. 2003.

políticas do *Reich*, que o Parlamento era palco de lutas políticas e que a proteção da Constituição não poderia ser feita de forma isenta e objetiva. Kelsen, a seu tempo, afirma que o Parlamento não pode se obrigar a subordinar-se aos ditames constitucionais, pois o Parlamento se vê como um criador do Direito e não como seu aplicador.[38] Entendendo-se que a própria Constituição vincula a criação do Direito quanto à forma e ao conteúdo da legislação infraconstitucional, se o Parlamento não observar estas regras não pode ele mesmo reprovar e anular de *moto proprio* sua atuação como legislador, expurgando do mundo jurídico a norma que afronte a Carta Política.

Os dois autores defendem a função judicial e o papel institucional que é desempenhado por uma Corte Suprema de Justiça.[39] Mas Schmitt se opõe ao conceito de um controle concentrado por meio de um Tribunal Constitucional ("solução austríaca"), pois toda decisão judicial, no seu entender, é *post factum* e assim incidental e acessória, aplicada a fatos passados e restrita a um caso concreto. E, nesse caso, esses Tribunais operam tão somente com o "direito material de controle judicial" que busca comprovar se as leis ordinárias estão de acordo, em seu conteúdo, com os princípios e valores insculpidos na Carta Maior.

Por outro lado, continua Schmitt, "uma lei não pode ser defendida por outra lei", pois se deve distinguir claramente entre criação do Direito, tarefa do legislador, e aplicação do Direito que é atividade jurisdicional. A sentença reflete sempre a subsunção da norma ao caso concreto, e seus efeitos devem ser sempre *inter partes*. Uma sentença genérica que anulasse o ato e que tivesse efeitos *erga omnes* tem força de lei, e este tipo de controle somente pode ser exercido em um Estado Justicialista em que toda a vida política está submetida à apreciação dos tribunais ordinários e isso caracterizaria a judicialização da política.[40]

A crítica de Kelsen às ideias de Carl Schmitt é feita sob três aspectos em que:

a) reapresenta e defende a sua posição sobre o Tribunal Constitucional;

b) procura demonstrar o caráter tradicionalista do raciocínio do professor de Berlim;

c) busca provar a natureza ideológica, e por isso não científico, das idéias de Schmitt.

[38] KELSEN, op. cit., p. 150.

[39] GASIO, Guillermo. Estudio preliminar. In: KELSEN, H. *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos, 1995. p. XIX-XX.

[40] SCHMITT, C. *Teoria de la constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 43-46.

A definição e defesa do controle de constitucionalidade concentrado, repressivo e abstrato já foram apresentadas neste trabalho (cf. 1.3).

A questão do tradicionalismo na ideias do *Kronjurist* alemão se demonstra pelo fato de que a proposição de se ter no Presidente do *Reich* o guardião da Constituição encontra paralelo na Teoria Constitucional do século XIX.

> Quando, portanto os representantes da teoria constitucional do século XIX, orientados pelo assim chamado *princípio monárquico*, defendiam a tese de que o natural *guardador da Constituição* seria o monarca, esta não passava – quem poderia hoje duvidar disso! – de uma ideologia muito evidente, uma das tantas que formam a assim chamada doutrina do constitucionalismo, e através da qual essa interpretação da Constituição procurava mascarar sua tendência básica: a de compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional.
> ...
> Como não se podia declarar abertamente o verdadeiro objetivo *político* de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ele era mascarado com a doutrina segundo a qual tal garantia seria tarefa do chefe de Estado.[41]

O próprio Schmitt surpreendentemente escreve que "a situação da monarquia constitucional do século XIX, com sua separação entre Estado e Sociedade, política e economia encontra-se superada".[42] Ou seja, ele mesmo se vale de uma argumentação para defender suas idéias e pouco adiante afirma algo em sentido diametralmente oposto.

Finalmente, Kelsen procura demonstrar o caráter ideológico das proposições do *Kronjurist,* que confunde na ciência e política e de forma mais específica, teoria jurídica e teoria política. A proposta de Schmitt está vinculada à ideia de Estado Total, onde a possibilidade de existir qualquer oposição entre Estado e Sociedade desaparece por completo. O Estado inclui em si o social, de forma que o interesse da Sociedade coincide com o interesse do Estado. Tais conceitos se opõem ao Estado pluralista. "O conceito de democracia de Carl Schmitt pressupõe igualdade e não se compatibiliza com a idéia de pluralismo político".[43]

Partindo-se do conceito de que soberano é aquele que decide no momento da crise, da exceção, da anormalidade, neste momento "(...) não é mais o soberano que decide a partir de

[41] KELSEN, op. cit., p. 241-243.

[42] SCHMITT, C. La defensa de la constitución. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 141.

[43] MACEDO, op. cit., p. 75.

um nada, mas a sociedade (o Povo, Movimento, Estado, encarnados no *Führer*) que decide a partir dos valores dominantes e das instituições".[44]

Para Kelsen, tais conceitos não podem resistir a uma crítica sociológica. "Ambos os conceitos são introduzidos a fim de caracterizar a situação constitucional concreta do *Reich* alemão".[45] A preocupação com a realidade e conceituação do Direito a partir da realidade concreta, caracteriza para Kelsen o viés ideológico dos escritos de Schmitt; e em sendo meramente ideológico não se mostra científico, opondo-se a todo o esforço expresso na obra de Kelsen de pensar o Direito como Ciência, conceitos que se consolidam em sua Teoria Pura que seria publicada pouco depois (1934).

De certa forma, Schmitt na qualidade de *Kronjurist,* de membro do Grupo de Professores Universitários da Liga Nacional-Socialista de Juristas Alemães, pensou a questão do Guardião da Constituição como justificação, de afirmação e fundamentação não só da legalidade, mas também da legitimidade das decisões e ações do Presidente do *Reich* alemão. "A ascensão do nazismo e a questão étnica levada até as últimas conseqüências acabaram por demonstrar o quanto o sistema de controle do poder é importante na consolidação da democracia".[46]

A história mostrou que o pretenso "poder neutro", que Schmitt afirmou ser uma característica do Presidente do *Reich*, requisito principal para o exercício do papel de Guardião da Constituição, não estava presente neste mesmo Presidente. Os argumentos de Schmitt são refutados por Kelsen, para quem a essência dessa neutralidade só poderia ser verificada em um Tribunal Constitucional que ademais e muitas vezes se opõe à vontade e às decisões do Chefe de Estado.[47]

O Ministro Carlos Velloso em estudo, apresentado em homenagem ao Ministro Oscar Dias Corrêa, resumiu toda a polêmica entre os autores em tela:

> Em seguida à conferência de Hans Kelsen, proferida há mais de setenta anos, em que o jurista notável propugnou pela criação de tribunais constitucionais, a fim de realizar a jurisdição constitucional, tendo em vista que o ordenamento jurídico configura-se "como uma pirâmide hierárquica de normas, garantindo-se a hierarquia normativa através do controle da conformidade de normas de grau inferior com as determinantes normativas de grau superior", seguiu-se, em 1929, o famoso debate que Kelsen travou com Carl Schmitt, em que Kelsen sustentou que a guarda da Constituição deveria ser deferida a um tribunal constitucional, que apreciaria as questões

[44] MACEDO, op. cit., p. 132.

[45] KELSEN, op. cit., p. 266.

[46] MALISKA, op. cit., p. 4.

[47] CARMO, G. T. do. *A defesa da constituição pelos poderes constituídos e o ministério público*. São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/justitia/doutrinas_civeis.htm>. Acesso em 22 set. 2003

> jurídico-constitucionais, realizando a supremacia da Constituição. É que esta é pressuposto de validade e de eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado e "uma constituição, na qual não exista a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória em sentido técnico". Carl Schmitt, a seu turno, recusava a idéia da instituição de uma jurisdição constitucional, porque a decisão que resolve a questão de constitucionalidade teria natureza política. Não caberia, então, a um tribunal "fazer política", na defesa da Constituição. Essa defesa caberia, sim, a um órgão político. Essas duas posições exprimem, leciona Cardoso da Costa, "duas concepções diferentes de Constituição, ou do seu momento essencial e verdadeiramente radical (a uma concepção 'normativista' de Constituição, como era a de Kelsen, contrapunha-se uma sua concepção 'decisionista-unitária', como era a de Schmitt), e, conseqüentemente, do que deva ser a sua 'defesa' ou a sua 'guarda'; como nela se exprimem, também, entendimentos diversos acerca da natureza da 'justiça' ou da função jurisdicional". Do debate, saiu vitorioso Hans Kelsen. Pode-se afirmar, aliás, que Kelsen iniciou e pôs fim à polêmica. Sua conferência representou, felizmente, o alfa e o ômega da questão.[48]

2 As Constituições Brasileiras e a guarda da Constituição

Serão percorridos, nesta parte do trabalho, os mais de 150 anos da história do Brasil desde que se estabeleceu a primeira Corte Suprema com a Constituição Imperial (1824). Será visto como esta Corte cumpriu o seu papel institucional e como foram escolhidos os seus Ministros. Relata o Prof. Oscar Vilhena que:

> O cumprimento da função de guarda da Constituição não tem sido realizado sem dificuldade e insucessos nesses mais de cem anos. O Supremo Tribunal Federal tem sofrido no decorrer de sua história inúmeras pressões, limitações de competência e até intervenções. Como foi a aposentadoria compulsória de diversos de seus ministros em 1931, em 1969, por não se submeterem aos regimes de exceção que chegaram ao poder respectivamente em 1930 e 1964. A resistência, no entanto, não é uma marca constante na história do Supremo, que em algumas circunstâncias foi omisso ou simplesmente caudatário do poder, como tribunais em outros países.[49]

2.1 A Constituição Imperial – 1824

A Constituição outorgada pelo Imperador D. Pedro I em março de 1824, introduziu a separação dos Poderes. A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece (art. 9º), os Poderes Públicos reconhecidos pela Constituição do Imperador do Brasil são quatro: Poder Legislativos, Poder Moderador, Poder Executivo e o

[48] VELLOSO, op. cit.

[49] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal:* jurisprudência política. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 117.

Poder Judicial (art.10), os representantes da Nação Brasileira são o Imperador e a Assembléia Geral (art.11) e todos estes poderes do império do Brasil são delegações da Nação. (art 12).

As eleições eram indiretas (art. 90) e o chefe do Poder Executivo era o próprio Imperador, que o exercia pelos Ministros. O Imperador era também o titular do Poder Moderador, cuja função era promover o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes (art. 98) e desempenhava esta função com a ajuda de um Conselho de Estado (art.142).

Eram atribuições do Imperador, enquanto Poder Moderador: a nomeação de Senadores, eleitos em lista tríplice (art.43), a dissolução da Câmara dos Deputados, a suspensão de Magistrados, a escolha, nomeação e demissão de Ministros, a concessão de indultos (art.101).

No artigo 151 (Título VI) era previsto um Poder Judicial independente e composto por Juízes. O Supremo Tribunal de Justiça (art. 163) com suas competências e composição guardava pouca similaridade com o futuro Supremo Tribunal Federal. Ainda que previsto na Constituição, foi necessária lei posterior (setembro de 1828) para sua organização e criação. Sendo formado por 17 Ministros, este Tribunal, possuía a atribuição de apreciar recursos de revista com fundamento na "nulidade manifesta" ou "injustiça notória" no julgamento da lide nas instâncias inferiores.[50]

Os juízes não podiam acumular nenhum outro cargo exceto o de membro do poder legislativo.[51]

A escolha e nomeação dos Juízes deste Tribunal era atribuição exclusiva do Imperador e não dependia de aprovação prévia do Senado.

A guarda da Constituição, se se pode utilizar esta expressão, era exercida pela Assembleia Geral, que com a sanção do Imperador (art. 15), devia fazer as leis, interpretá-las, suspende-las e revogá-las (inciso VIII), velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação (inciso IX).

Inexistia o controle repressivo de constitucionalidade, a Carta Imperial (1824),

> (...) inspirada na doutrina de Benjamin Constant, trouxe consigo uma das características marcantes do espírito que era, e até hoje é, um dos pilares do sistema constitucional francês: a crença de que aos juízes não deve ser permitido adentrarem a apreciação da constitucionalidade das leis. Essa doutrina, além disso, preconizava para o poder real uma posição de

[50] MARTINS FILHO, Ives Gandra. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. *Revista Jurídica Virtual [da] Presidência da República [da] Subchefia para Assuntos Jurídicos*, Brasília, n. 5, set. 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em: 10 set. 2003. p. 7

[51] NEQUETE, Lenine. O poder judiciário no Brasil a partir da independência. Brasília: STF, 2000. p. 43

> neutralidade e imparcialidade face às questões políticas, considerando-o a viga mestra de todo o sistema político.[52]

Anos mais tarde Carl Schmitt usaria a mesma argumentação de Benjamin Constant para justificar suas ideias sobre a guarda da Constituição.

No Brasil Império o Controle de Constitucionalidade competência do próprio Poder Legislativo, sob clara influência francesa. Não havia o controle judicial, mas o controle político.[53]

O Imperador detinha o Poder Moderador e podia, a seu talante, interferir sem justificativa alguma, em qualquer dos outros poderes.

> Não se poderia falar, portanto, de Controle de Constitucionalidade das leis, pois o controle de toda a vida política do país e inclusive do conteúdo constitucional, era desempenhado pela vontade e pela conveniência do Imperador, comprometido com os grandes proprietários que o sustentavam politicamente.[54]

Comenta Afonso Arinos:

> A verdade é que a principal função política do Judiciário, que é a defesa da Constituição em face do Poder Legislativo, por meio de revisão da Constitucionalidade das leis, o Judiciário Imperial não a possuía.[55]

Exemplo disto encontra-se na Lei da Maioridade, elaborada pela Assembléia Geral, que em 1840, declarou a maioridade do jovem Pedro de Alcântara, então com 14 anos, afrontando diretamente a Constituição que explicitava maioridade somente aos 18 anos. Tal lei, flagrantemente inconstitucional, garantiu ao jovem herdeiro real a ascensão ao Trono.

Os Juízes do Tribunal Superior de Justiça não gozavam de garantia de inamovibilidade, o que se demonstra pelo fato de que, em 1850, o Imperador D. Pedro II determinou a aposentadoria compulsória de juízes que decidiram de forma a desagradá-lo.[56]

Quanto à questão da escolha dos Ministros o artigo 163 assim estatuía:

---

[52] SILVA, Napoleão Nogueira da. *O Controle de Constitucionalidade e o Senado.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 19.

[53] SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do controle de constitucionalidade.* Disponível em: <http://www.nagib.net/>. Acesso em: 15 dez. 2003. p. 5.

[54] NASPOLINI, Samuel Dal Farra. *Controle constitucional e evolução política brasileira: de garantia democrática a instrumento do autoritarismo*. Disponível em: <http://geocities.yahoo.com.br/profpito/controlenaspolini.html>. Acesso em: 15 dez. 2003. p. 3.

[55] FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Direito Constitucional: teoria da constituição, as constituições do Brasil. São Paulo: Forense, 1976. p. 212.

[56] LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Constituição como princípio:* os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003. p. 102.

> Art.163 - Na Capital do Império, além da Relação que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça – composto de juízes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles que se houverem de abolir.

Diz Teodoro Simões: "Por Juízes letrados há que se forçosamente ler 'bacharéis formados por Coimbra' e o 'poderão ser empregados' como 'serão empregados'". [57]

Temos, pois, no Judiciário, na época da Independência, uma prolongação evidente do aparelho de Estado português.

Ressalte-se ainda que embora existindo um Controle de Constitucionalidade político como função legislativa e dependente do beneplácito do Imperador, relata Lênio L. Streck, que nos quase setenta anos de vigência da Constituição Imperial, tal controle somente foi exercido por duas vezes.[58]

2.2 A Primeira Constituição Republicana – 1891

Esta Constituição foi fruto do trabalho de uma Constituinte formada prevalentemente por juristas "ligados aos grandes cafeicultores e às elites estaduais (...)"[59], buscou em grande parte imitar, ou reproduzir fórmulas e conceitos da Constituição Norte Americana. Até o nome do Brasil republicano era Estados Unidos do Brasil.

Introduziram-se conceitos como o da tripartição do Poderes, o Presidencialismo e o Federalismo. Neste sentido a influência de Rui Barbosa foi muito intensa.

Leda Boechat, a grande historiadora do Supremo Tribunal Federal, relata que em Julho de 1889, D. Pedro II recomendara a dois representantes do Governo, que iriam aos Estados Unidos da América em missão oficial, que se informassem sobre a Suprema Corte que poderia servir de modelo também para o Brasil.[60]

---

[57] SIMÕES, Teotônio. *Os bacharéis na política*: a política dos bacharéis. 1983. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teotonio.org/teses/bach36.htm>. Acesso em: 25 de jul. 2002. p. 2.

[58] STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, a Lei e a Justiça: a discussão dos obstáculos ao acontecer da constituição. In: *Demandas sociais e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Edumisc, 2001. p. 2.

[59] NASPOLINI, op. cit., p. 3.

[60] BOECHAT, Leda. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis.* 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 1.

O Decreto 848 (também chamado de Constituição Provisória) de outubro de 1890 instituiu a Justiça Federal e o Supremo Tribunal Federal e disciplinou as matérias de sua competência.

Com este decreto adotou-se o Controle Difuso de Constitucionalidade, que buscava assemelhar-se ao *judicial review of legislation* norte-americano. Na exposição de motivos, o Ministro da Justiça Campos Sales dizia:

> (...) A Magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego, ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção se ele lhe parecer conforme ou contrária á lei orgânica. Aí está a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário no regime decaído e aquele que agora se inaugura calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De Poder subordinado, qual era, transforma-se em Poder soberano, apto na elevada esfera de sua atividade para interpor a benéfica influência de seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros Poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão. Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo.[61]

Este Decreto foi recepcionado em grande parte pela Constituição Republicana. O Controle difuso torna-se efetivo com a Lei Federal n. 221 de 1894 que define a competência dos juízes e tribunais para avaliarem se leis e outros atos normativos tinham concordância com a Constituição e em caso contrário deixarem de aplicá-los.

No art. 15 é estabelecido que "O Poder Judiciário da União terá órgãos, um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República" e que o número de juízes será de quinze, escolhidos entre "os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado" e nomeados pelo Presidente da República após a aprovação do Senado Federal.

A Constituição introduziu a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos dos juízes e ministros e também um importante remédio constitucional: o *Habeas Corpus.*

Entre as competências definidas no art. 59 §§ 1º e 2º encontra-se aquela de apreciar em última instância a contestação da validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição.

> § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

[61] ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp; Sumaré; Fapesp; Educ: 1997. p. 71.

> a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados ou leis federais, e a decisão for contra ela;
>
> b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.
>
> § 2º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e vice-versa, as justiças dos estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

As atribuições do Pretório são bastante tímidas no que tange à proteção da Lei Maior.

> Tal frouxidão constitucional quanto ao controle de validade da Lei Maior permitiu na República Velha as conhecidas crises federativas e a prevalência das oligarquias estaduais sobre o Governo Central, o que, aliás, decorria do acordo de vontade entre os dois maiores Estados - São Paulo e Minas Gerais - na aliança que ficou conhecida como a política do café com leite e cujo idealizador foi o paulista Prudente de Morais, o primeiro civil ocupante do cargo de Presidente da República.[62]

A previsão constitucional de um controle judicial difuso e incidental foi um grande avanço em relação à Constituição Imperial. Todavia a novidade, baseada no modelo norte-americano, chegava ao Brasil de forma incompleta. Quando um juiz deixava de aplicar uma lei ou qualquer outro ato normativo, por estar convencido de que estes afrontavam a Carta Maior, a decisão tinha efeito *inter partes* e a lei ou ato em tela continuava a existir no mundo jurídico. Mesmo quando havia recurso ao Supremo Tribunal Federal relativo às sentenças de instâncias inferiores em que se contestava a validade de leis ou atos normativos em face da Constituição Federal, não havia instrumento previsto que alijasse do ordenamento jurídico a lei ou ato decididamente inconstitucional, podendo a mesma continuar a ser aplicada a outros casos concretos. As decisões tinham seus efeitos restritos aos litigantes naquele específico caso concreto.[63]

No sistema americano, o princípio do *stare decisis* e a força vinculante da jurisprudência combinados entre si, emprestavam efeitos *erga omnes* às decisões da Suprema Corte. Pelo *stare decisis,* um mesmo tribunal se obrigava a manter a mesma interpretação das leis para casos semelhantes e pela força vinculante das decisões dos tribunais superiores, os juízes das outras instâncias deviam decidir da mesma forma. Tal mecanismo permitia uma maior segurança jurídica.

[62] SLAIBI FILHO, op cit., p. 7.

[63] LEAL, op cit., p. 101.

Durante toda a Primeira República (1889 – 1930) as pressões sofridas pela Suprema Corte foram enormes. Emilia Viotti da Costa relata que a imprensa e o público exerciam grande pressão, aquela publicando e criticando as decisões tomadas e o público comparecendo e manifestando-se ruidosamente durante as seções da Corte.

> O viés político das decisões transparecia nos casos de *Habeas Corpus* ou nos conflitos entre as oligarquias estaduais por ocasião das eleições, quando os ministros tinham que decidir entre as facções que lutavam pelo poder ou arbitrar nos embates entre União e Estado. Criaturas da patronagem que presidia as carreiras políticas no Império, dificilmente os ministros escapariam das malhas das lealdades que haviam forjado ao longo da vida. O Supremo Tribunal politizava-se.[64]

Quando, em 1892, certo ato do Governo levou Rui Barbosa a impetrar *Habeas Corpus*, o presidente Floriano teria ameaçado: "Se os juízes do Tribunal derem o *Habeas Corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *Habeas Corpus* de que, por sua vez, necessitarão".[65] Tendo sido verdadeira ou não tal ameaça, fato é que por dez votos a um os Ministros denegaram a ordem solicitada.

O confronto entre Tribunal e Governo foi uma constante durante todo o mandato de Floriano Peixoto, que em 1893, ameaça o Tribunal de dissolução. Em 1894, com a aposentadoria de alguns Ministros, o Presidente deixa de nomear os demais Ministros, visando com isto, de certa forma a esvaziar a Instituição. Ressalte-se ainda que durante todo o Governo Floriano Peixoto o presidente e o vice-presidente do Supremo Tribunal tinham que prestar Juramento ao Presidente da República.

Nos Governos posteriores sucediam-se tempos em que decisões do Supremo eram simplesmente ignoradas (*Habeas Corpus* não obedecidos em 1894 em 1910) ou ainda em que se podia dizer que a supremacia da Constituição havia sido preservada.[66]

Ainda que Emília Viotti da Costa afirme que havia uma forte tendência antimonarquista por parte dos Ministros do Supremo Tribunal, Teotônio Simões, por sua vez, afirma que há uma continuidade do Supremo Tribunal de Justiça (instituído na Constituição Imperial) no Supremo Tribunal Federal (criado pela Constituição de 1891). Já na Constituinte, foi criticada a forma de indicação e nomeação dos Ministros pelo Presidente da República, afirmando-se que tal sistemática favoreceria posições políticas e econômicas dos Estados.

[64] COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: IEJE, 2001. p. 21-24.
[65] Ibid., p. 26.
[66] COSTA, op. cit., p. 23-28, 48.

> É clara a interferência do Executivo, na figura do Presidente, na nomeação dos membros do Supremo, mesmo considerando a necessidade do aval senatorial, como dispunha o texto constitucional Esta interferência tem um outro lado, para nós muito mais importante: durante toda sua existência, até o fim da Primeira República, os ministros do Supremo compartilharam da vida política nacional, não apenas como magistrados, mas, também e principalmente, no exercício de postos no Parlamento, pelo menos.[67]

Analisando-se a obra de Laurenio Lago ao longo de mais de um século (1828 – 1930) dos 188 ministros nomeados para o Supremo Tribunal de Justiça e seu sucedâneo Supremo Tribunal Federal, grande parte deles exerceu outra função além daquela de Ministro da Corte Suprema. Foram deputados, senadores, Ministros de Estado ou ainda Presidentes de Províncias. Tais fatos bem podem demonstrar a dificuldade que se tem para reconhecer a isenção, objetividade e independência nas opiniões e decisões da Corte.

Um controle de constitucionalidade difuso e incidental, que somente em parte reproduzia o sistema norte-americano, associados a um Supremo Tribunal sensível às interferências do Executivo e do Legislativo, comprometeram a supremacia da Constituição que de fato ficou por mais de quatro décadas sem guardião efetivo, ainda que uma emenda constitucional de setembro de 1926 tenha atribuído ao STF a função uniformizadora da jurisprudência em matéria de direito constitucional e federal. Isto ainda era pouco para assegurar a guarda e proteção da Carta Magna.[68]

2.3 A Constituição de 1934

Em quarenta e três anos da promulgação da Constituição Republicana, período em que ocorreram : a I Grande Guerra Mundial, a Crise da Bolsa de Nova York; e em que o Brasil teve quinze Presidentes da República (dos quais 11 civis), dos quais apenas nove completaram seus mandatos, a República estava estabilizada como forma de Governo.

Consolidava-se através de uma Revolução, que em 1930 levou Getúlio Vargas ao poder e pôs fim à chamada República Velha.

Em 1931, por meio do Decreto 19656 do Governo Provisório, o número de Ministros do Supremo foi reduzido de quinze (15) (como previsto na Constituição de 1891) para onze (11). Menos de um mês depois, com outro Decreto, foram sumariamente aposentados 6 juízes, entre os quais alguns que se opuseram às forças revolucionárias de 1930. "A remoção de

[67] SIMÕES, op. cit., p. 5.
[68] MARTINS FILHO, op. cit., p. 9.

ministros por ato do Executivo, fato jamais visto durante a história da República, constituía uma ameaça à independência do órgão supremo do Poder Judiciário".[69]

No período de novembro de 1930 a Julho de 1934 o Presidente Vargas nomeou sete (7) ministros sem qualquer consulta prévia ao Senado Federal.

Foi neste ambiente que o ministro Hermenegildo de Barros declarou:

> É a morte do Poder Judiciário no Brasil. Nenhum ministro poderá ser considerado garantido na situação em que se encontra presentemente o Supremo Tribunal Federal, que não pode ter independência e viverá exclusivamente da magnanimidade do Governo Provisório. Pela minha parte, não tenho honra nenhuma em fazer parte deste Tribunal, assim desprestigiado, vilipendiado, humilhado, e é com vexame e constrangimento que ocupo esta cadeira de espinhos para a qual estarão voltadas as vistas dos assistentes, na dúvida de que aqui esteja um juiz independente, capaz de cumprir com sacrifício o seu dever.[70]

Em 16 de Julho de 1934 promulgou-se a nova Constituição Federal, influenciada entre outras pelas Constituições do México, (1917), da União Soviética (1918) e pela de Weimar (1919), trouxe inovações políticas e sociais. Ainda que fosse sob alguns aspectos inovadora, a Constituição não abandonava o modelo de matriz norte-americana, mas se aproximava das constituições parlamentaristas européias.[71] O Supremo Tribunal Federal passa a denominar-se Corte Suprema. Foi elaborada por uma Constituinte "composta através de uma representação classista" e assim inovou no estabelecimento de "medidas mais eficazes para sua própria garantia".[72]

O número de Ministros passa a ser onze (11), recepcionando o Decreto 19656/31. O artigo 73, todavia, introduz uma novidade, pois por meio de proposta de lei da própria Corte, o número de Ministros poderia ser alterado até dezesseis (16).

O Presidente nomearia os Ministros após a aprovação do Senado (art. 74). Neste mesmo artigo são definidos os requisitos para esta indicação, e complementando-se a Constituição de 1891 o "notável saber" passa a ser qualificado: "notável saber jurídico".

Na organização do Judiciário foi prevista (art. 78) a criação de Tribunais Federais de segunda instância e que visavam assumir parte do trabalho da Corte Suprema. Ressalte-se, porém, que estes Tribunais não foram instituídos.

[69] COSTA, op. cit., p. 66
[70] Ibid., p. 67
[71] SLAIBI FILHO, op. cit., p. 8
[72] NASPOLINI, op. cit., p. 4

As competências (art. 76) desta Corte repetiam, de forma geral, aquelas da Constituição anterior quais sejam:

a) competência originária e privativa para julgamento de altas autoridades da União, de conflitos federativos e de jurisdição;

b) julgar em Recursos Ordinário as causas decididas por juízes e tribunais federais;

c) julgar em Recurso Extraordinário as decisões da Justiça Estadual quando do questionamento sobre "vigência ou validade de lei federal em face da Constituição ou ainda lei ou ato dos governos locais em face da Constituição (art.76;III,b,c)".

Além destas competências, estabeleceu-se mais claramente a utilização do *Habeas Corpus* e também a "função uniformizadora da interpretação do direito federal e da Constituição".[73]

De forma sucinta, pode-se dizer que entre as principais inovações desta Carta de 1934, encontram-se:

a) foi introduzido o Mandado de Segurança como remédio célere para a proteção de direitos não tutelados pelo *Habeas Corpus* (art. 113 item 33);

b) estabeleceu-se o princípio, depois denominado da "reserva de plenário", que exigia que a declaração de inconstitucionalidade fosse proferida pela maioria absoluta dos membros dos Tribunais (art. 179);

c) define-se o Senado Federal como competente para suspender no todo ou em parte, lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário (art.91, IV);

d) cria-se a ação declaratória (direta) de constitucionalidade de lei em tese para fins de intervenção da União no Estado (art. 12, V; §2º).

No que tange ao controle de constitucionalidade manteve-se, na Constituição de 1934, o modelo difuso incidental da Constituição precedente, mas buscou-se suprir a falta de um mecanismo similar ao *stare decisis* (do modelo norte-americano), atribuindo-se ao Senado a competência para suspender no todo ou em parte a vigência de lei ou ato declarado inconstitucional pelos Tribunais; dessa forma a decisão do Pretório passaria a ter efeitos *erga omnes.* Ou seja, sem ferir o princípio da separação dos poderes, a declaração de inconstitucionalidade feita pela Corte Suprema, aplicada a um caso concreto, por meio de um

[73] ARANTES, op. cit., p. 80-81.

ato do Senado que representaria o Poder Legislativo, teria seus efeitos ampliados, impedindo que pudessem ocorrer diferentes decisões em casos similares. O ato do Senado suspenderia a vigência da norma tida por inconstitucional; logo, para todos os efeitos, ela deixa de existir no mundo jurídico e não pode mais ser invocada.

A Corte Suprema assume importante papel de árbitro nos conflitos entre os Estados e a União, e para isto dispõe da ação de declaração de constitucionalidade de lei em tese para fins de intervenção da União. No artigo 7º estão definidas as competências dos Estados, entre os quais a de "decretar a Constituição e as leis", desde que respeitem, ou se submetam, a vários princípios (art. 7, I a – h), princípios estes relacionados com a organização da União. Caso estes princípios fossem contrariados na Constituição Estadual ou nas leis dos Estados, a própria União poderia "intervir nos negócios peculiares aos Estados" (art. 12, V).

Tal intervenção somente poderia efetuar-se após edição de Lei Federal específica, e a manifestação da Corte Suprema, provocada pelo Procurador-Geral da República, devendo tal manifestação declarar a constitucionalidade da lei que decreta a intervenção (art. 12, §§1º, 2º).

A previsão constitucional desta ação interventiva dependente da declaração de constitucionalidade de lei em tese, representa o embrião do controle concentrado de constitucionalidade. A Corte Suprema recebe do constituinte uma atribuição que a "faz aproximar-se do modelo europeu de Corte Constitucional".[74]

Este avanço, todavia, não durou muito; a Constituição de 1934, teve vida curta, mas inaugurou um caminho, ainda que tímido, em que a Corte Suprema poderia assumir o papel institucional de protetor da Constituição.

Neste mesmo ano (1934) "A autonomia do Tribunal" foi mais uma vez desrespeitada quando o presidente e o vice-presidente do Supremo Tribunal, até então eleitos pelos seus pares, passaram a ser nomeados pelo Presidente da República".[75]

A influência do Executivo continuava intensa, ainda que muitos ministros tenham resistido e julgado segundo seu livre convencimento; não se pode dizer que isenção e objetividade tenham caracterizado a atuação da Corte nesta época.

2.4 A Constituição "entre parênteses" – 1937

[74] SLAIBI FILHO, op. cit., p. 10.
[75] COSTA, op. cit., p. 68.

Esta Carta representou um grande retrocesso. Em 1934 a própria Assembleia Constituinte havia eleito Getúlio Vargas para o cargo de Presidente da República. E o mesmo Presidente fecha o Congresso, extingue a Justiça Federal e a Eleitoral e institui um Estado Novo. Vargas outorga uma nova Carta em 10 de novembro de 1937. Nesta Carta Política o Chefe do Executivo detém o poder de dispor sobre todas as matérias, incluindo as emendas constitucionais que são operacionalizadas por meio de decreto-lei. O viés autoritário permeia toda a carta que, contrariamente às outras Constituições, nem ao menos menciona a repartição de poderes.

O Chefe do Executivo se sobrepõe a tudo e a todos:

> Art. 73 - o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País.
>
> Art. 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187.

No que tange à proteção da Suprema Carta esta Constituição retirou as inovações da Carta de 1934 (a competência do Senado para suspender a vigência de lei ou ato declarado inconstitucional e a ação declaratória de constitucionalidade para fins de intervenção). Manteve-se apenas formalmente o controle difuso incidental. O Supremo Tribunal Federal julgaria a constitucionalidade de lei ou ato normativo somente nos temas em que a sua competência fosse originária ou em grau de recurso que resultasse dos casos concretos julgados pelas instâncias inferiores.

Manteve-se o princípio da reserva de plenário, mas havia previsão de que a declaração de inconstitucionalidade poderia não ser respeitada pelo governo se este considerasse que a decisão judicial contrariasse o interesse nacional . Veja-se o artigo a seguir:

> Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.
>
> Parágrafo Único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, no que tange à interpretação constitucional e controle da constitucionalidade são alvo de um verdadeiro re-exame pelo Parlamento ou mesmo pelo Presidente da República.

Os Ministros eram escolhidos pelo Presidente, que durante o período de vigência desta Carta nomeou catorze (14) sem qualquer aprovação prévia do Conselho Federal (que faria as vezes de Senado Federal e parte do Parlamento), até por que este nunca chegou a ser eleito.

Quando, em 1939, o Supremo Tribunal Federal declarou certa matéria tributária como inconstitucional, o Presidente valendo-se de suas atribuições editou um Decreto-Lei, que dizia: "São confirmados os textos de lei... ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos" (cf. Decreto-Lei 1564 de 05 de setembro de 1939). "A ultima instância judiciária concentrava-se, em conseqüência, no Chefe do Executivo".[76]

A Constituição de 1937 é assinada entre outros por Getúlio Vargas e Francisco Campos de Souza Costa (conhecido com Francisco Campos). Este último foi o redator do texto; ele conhecia bem a "visão autoritária e conservadora de Carl Schmitt" – serviram-lhe tais posições de inspiração e pano de fundo, pois que:

> Estava em sintonia com os regimes autoritários que dominavam, então a Europa Central e a península ibérica. Ajustava-se, certamente, ao pensamento e aos sentimentos do positivismo comteano brasileiro – que afirmava a supremacia do Poder Executivo sobre os demais – especialmente na versão gaúcha de Júlio de Castilhos, que formara, desde jovem, o espírito de Getúlio Vargas, o patrocinador da nova Carta.[77]

Há personagens na história do Brasil que marcam os grandes momentos de crise institucional. Um destes foi Francisco Campos, que por repetidas vezes tem seu nome associado a períodos de negra ditadura e instabilidade institucional, em que os Direitos não foram respeitados, em que a Constituição foi humilhada ou ameaçada e em que o Supremo Tribunal Federal não pôde exercer a sua vocação de protetor e guarda da Lei Maior. Relata Elio Gaspari que, logo após a renúncia de Jânio Quadros em 1961, ventilou-se a possibilidade de não ser dada a posse ao Vice-Presidente João Goulart, chegou-se a sugerir que um militar (Marechal Denys) assumisse a Presidência da República. "Denys teria recusado, sugerindo o nome do jurista Francisco Campos, redator da Constituição de 1937, um dos liberticidas mais

[76] NEQUETE, op.cit., p. 84.

[77] SOUZA JR., Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil.* Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 52.

cultos e detestados do país".[78] Reaparece anos depois o jurista Francisco Campos como co-autor do Ato Institucional nº 1 de 9 de abril de 1964 [79], por meio do qual os poderes do Executivo eram ampliados em detrimento do Congresso e do Judiciário: o Presidente recebia por 60 dias o poder para cassar mandatos e cancelar direitos políticos por 10 anos e por seis meses poderia demitir funcionários públicos civis e militares. Toda vez que Francisco Campos podia manifestar aos donos do poder as suas idéias e implementá-las, "dava-se um curto-circuito nas instituições republicanas".[80] De novo surge o nominado jurista como autor do Preâmbulo do Ato Institucional nº 5 de 13 de dezembro de 1968, que fechou o Congresso e suspendeu as garantias constitucionais.[81]

A Carta de 1937 foi das mais autoritárias que o país teve. Ainda que o Supremo Tribunal Federal e seus ministros tenham, vez por outra, tentado resistir, diz o professor Rogério Bastos Arantes que, naquela época "a Constituição é apenas um conjunto de prerrogativas do Executivo federal que tem, inclusive, a faculdade de mudá-la quando bem entender".[82]

Nesse ambiente foi muito difícil para a Suprema Corte desempenhar seu papel. Não havia segurança jurídica, pois o Presidente a seu critério transformava o inconstitucional em constitucional, e o fazia valendo-se de decretos-lei que findavam por ter força de emenda constitucional.

Em 1940, o Decreto-Lei nº 2770 de 11 de novembro conferiu ao chefe do executivo a prerrogativa de nomear por tempo indeterminado o Presidente e o Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, retirando daquela Corte uma competência que sempre tivera.

Desgastado, e vez por outra humilhado, foi no Supremo Tribunal Federal que revolucionários, na manhã de 29 de outubro de 1945, foram buscar alguém para assumir a Presidência da República; naquela data o seu Presidente, Ministro José Linhares assumiu a chefia do executivo, que de pronto restaurou a forma de nomeação do Presidente e Vice-Presidente da Corte, revogando o Decreto-Lei nº 2770.

O Professor Miguel Reale assim descreve aquele período:

> O Estado Novo na realidade só existiu como uma estrutura burocrática e paternalista. A Constituição de 1937 previa a formação de uma Câmara dos Deputados e de um Conselho de Economia Nacional, que teriam

[78] GASPARI, Elio. *A Ditadura Derrotada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 80.

[79] BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil.* 3. ed. Brasília: Paz e Terra, 1991. p. 429.

[80] GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 124.

[81] Ibid., p. 341.

[82] ARANTES, op. cit., p. 89.

> embasamento corporativo. Tudo isso ficou no papel. Só prevaleceram as disposições da Constituição que davam ao Presidente a plenitude dos poderes. Organiza-se um Estado paralelo à Constituição. Criou-se uma estrutura político-administrativa que punha a Constituição entre parênteses.[83]

2.5 A Constituição de 1946: o restabelecimento do Controle Jurisdicional da Constitucionalidade

Com a queda de Vargas, os militares que o tiraram do poder entregaram a Presidência da República a José Linhares, então Presidente do Supremo Tribunal Federal. Este de pronto toma duas importantes iniciativas: restaura a forma de nomeação do Presidente e Vice-Presidente da Corte, revogando o Decreto-Lei nº 2770 e "transforma as eleições para o Parlamento, já anteriormente convocadas para 02 de Dezembro, em eleições para uma Assembleia Nacional Constituinte...".[84] Essa Assembleia instalou-se no início de 1946 e em 18 de setembro do mesmo ano a nova Carta Política foi promulgada. O funcionamento das instituições foi restabelecido e foram retirados do ordenamento os institutos que representavam o autoritarismo do regime anterior. O controle judicial no Direito pátrio foi restaurado. A composição de novas forças políticas trouxe à tona uma democracia liberal capitalista, modelo que influenciou o controle de constitucionalidade, pois que aboliu, de forma definitiva, a possibilidade de manutenção, por decreto do executivo, no ordenamento jurídico, lei declarada inconstitucional.

O controle difuso incidental, já presente na primeira carta republicana é revigorado na Carta novel. Foram repristinados alguns avanços da Carta de 1934 no que tange à proteção da Constituição e definida de forma mais clara a competência da Corte Suprema na apreciação de Recurso Extraordinário. Define a nova carta:

- a representação interventiva da União no Estado Membro e deste no Município (arts. 7º e 23). Sendo, no caso da intervenção da União, o Procurador-Geral da República o titular da representação de inconstitucionalidade. A intervenção federal tinha como requisito à declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do ato (cf art. 8º parágrafo único). Pontua o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que "o STF exercia, pois a função de árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade".[85] Esta representação, como já dito, mostra importante inovação na direção de um controle abstrato, resultando em efeitos *erga omnes*;

[83] REALE, Miguel. *O risco é inerente à democracia*. In MOTA, Lourenço Dantas, *A História Vivida*. Vol. III. São Paulo: O Estado de São Paulo: 1981 p. 322-345.

[84] SOUZA JR, op. cit., p. 57.

[85] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 247.

- A incumbência do Senado de suspender, no todo ou em parte, a execução de leis ou decretos achados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64); esta cláusula foi reativada, pois que presente na Constituição de 1934;

- o recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes (art. 101, III); e

- o princípio da reserva de plenário (art. 200).

A nova Carta conservou o mesmo número de ministros na Corte (onze), sendo que este número poderia ser alterado por lei de iniciativa do próprio Supremo. Os Ministros seriam indicados pelo Presidente e nomeados após a aprovação do Senado (Art. 99). Estabeleceu-se também a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, bem como a aposentadoria compulsória fixada aos 70 anos de idade. Assim os Ministros readquirem a sua independência.

A Carta criou o Tribunal Federal de Recursos com a função de ser a segunda instância para os temas e lides em que a União fosse ré, autora, assistente ou opoente, buscava-se desta forma aliviar parte do volume de processos que deveriam ser julgados pelo Supremo, ou seja, os recursos ordinários de competência da Corte Maior seriam em menor número possibilitando-lhe assumir com mais ênfase o

> (...) papel de árbitro da federação nos conflitos políticos e de jurisdição e o papel de Guardião da Constituição, (*omissis*)... a partir de 46 a posição do STF vai sendo depurada no sentido de transformá-la mais numa Corte das questões federativas e constitucionais e menos numa Corte de assuntos da União. [86]

O Mandado de Segurança omitido na Carta de 1937, é reintroduzido constituindo-se em remédio constitucional juntamente com o *Habeas Corpus*.

No novo regime o Supremo Tribunal Federal assume um importante papel. Durante os primeiros anos de vigência da nova Carta, a Corte Maior é chamada a exercer seu papel institucional de Protetor da Constituição.

O rompimento de relações com a então União Soviética (maio de 1947) exacerba a reação do Governo contra o Partido Comunista e seus membros. Em Janeiro de 1948 é aprovado projeto de lei que permite a cassação dos parlamentares eleitos anteriormente por este partido, que fora declarado ilegal. O Supremo é chamado a julgar pedido de *Habeas Corpus* em nome do Senador Luis Carlos Prestes e de dois deputados que estavam sendo

[86] ARANTES, op. cit., p. 91-92.

impedidos em seu acesso à Sede Central e a Comitês Locais do partido, ainda antes de publicação de decisão do Supremo Tribunal Eleitoral, neste sentido. Alegavam os impetrantes que o Partido se constituíra como sociedade civil devidamente registrada e que a cassação do registro do Partido não encerraria a sociedade civil. O STF declarou-se competente e conheceu do pedido, rejeitando-o, porém, por considerar o *Habeas Corpus* meio inapropriado para o fim proposto; afirmava que o meio idôneo seria o Mandado de Segurança. Tal decisão refletia a pressão política e da opinião pública, não foi coerente com uma interpretação mais ampla dos propósitos do *Habeas Corpus* (cf. Emenda Constitucional de 1926) afirmada na CF 34 e incorporada à Carta de 1946. "Estava longe da interpretação ampla dada ao *Habeas Corpus* por Rui (Barbosa) e seus seguidores durante a Primeira República".[87]

O Supremo foi chamado várias vezes a pronunciar-se sobre a constitucionalidade de leis estaduais, várias representações de inconstitucionalidade foram propostas contra leis de São Paulo, Pará, Ceará, Alagoas, entre outros. Esta fase representou importante avanço, pois tais acórdãos foram importantes para definir-se os poderes da União e estabelecer as bases do federalismo e da democracia no país.

No decorrer do ano de 1949 os deputados e senadores conseguiram que lhes fossem aumentados os subsídios por meio de ato aprovado pelo Congresso. Um Mandado de Segurança foi impetrado questionando o ato das Mesas da Câmara e do Senado. A discussão dividiu o plenário do Supremo, o relator não conheceu do pedido alegando ser a ação popular (art. 141 §38) o remédio adequado, outros ministros afirmaram ser o Tribunal incompetente. A Decisão final foi pelo não conhecimento do pedido, com exceção de um ministro que o conheceu e não lhe deu provimento. Também neste caso há de se notar o excesso de formalismo e o temor de afrontar decisão de outro poder da República ainda que tal decisão fosse em benefício próprio (do outro poder) e, segundo os impetrantes, lesivo ao patrimônio público.

Caso importante, à época, chegou ao Supremo e se referia à separação entre Igreja e Estado, conceito que desde a primeira Constituição Republicana fora claramente definido, pois se afirmava a liberdade de crença e de culto. Um certo Bispo se desligara da Igreja Católica Romana e dera início às atividades de uma Igreja própria: Igreja Católica Brasileira, sendo proibido de exercer seu ministério pastoral e de reunir-se com seus fiéis. Este ex-bispo impetra Mandado de Segurança com intuito de que lhe seja assegurado o livre exercício do culto. Em

[87] COSTA, op. cit., p. 121

1949 a lide chega ao Supremo, pois o Arcebispo do Rio de Janeiro houvera representado ao governo da República. Alguns ministros, acompanhando voto do relator, defenderam que o exercício do culto devia sujeitar-se à ordem pública, pois o rito das duas Igrejas era muito assemelhado e poderia induzir a erro os fiéis, decorrendo daí a perturbação à ordem pública. O pedido do ex-bispo foi indeferido. Ainda que tenha havido votos contrários

> (...) venceu, mais uma vez, uma interpretação pouco liberal da Constituição, característica da maioria das decisões nesse período. A preocupação com a ordem levou o Tribunal a preferir uma interpretação conservadora à liberal e democrática em consonância com as tendências da maioria das elites brasileiras, da Igreja Católica e dos militares.[88]

Desde 1945 a 1954 a grande maioria dos ministros da Suprema Corte havia sido nomeada por Getúlio Vargas seja no seu primeiro (Estado Novo) que no segundo Governo (1951-1954), eram todos de tradição positivista (comteana) e muito influenciados pelas doutrinas e pela própria Igreja Católica, forjaram um liberalismo de matiz conservadora e paternalista e que privilegiava interesses das elites e isto "transparecia em seus julgados".[89]

Os anos sucessivos (1954 –1961) foram de grandes instabilidades institucionais, sendo que muitas pendengas e diferenças políticas e ideológicas chegaram ao Tribunal na forma de Mandados de Segurança e *Habeas Corpus*. O Estado de Sítio várias vezes decretado impedia a Corte de exercer seu papel Constitucional. Vários julgados da época mostram como o Supremo se curvou frente aos militares, reconhecendo-lhes o poder de "intervir no sistema político" com legitimidade revolucionária. Foi difícil para o STF manter-se "acima das lutas políticas que dividiam o país. As decisões do Tribunal eram louvadas por uns e criticadas por outros, e o Supremo tornava-se alvo de ataques na imprensa e no Congresso".[90]

Com a chegada dos militares ao poder (1964) continuava em vigência a Carta de 1946, embora os poderes do Presidente da República tivessem sido ampliados com a edição do Ato Institucional nº 1. Este Ato, em sua abertura, legitimava a revolução como poder constituinte destituindo o governo anterior podendo editar normas jurídicas "sem que nisto seja limitado pela normatividade anterior à sua vitória".

Defronta-se o Supremo com um dilema de exercer o papel de guardião de uma Constituição que constantemente tinha seu texto modificado. Nos primeiros embates entre as posições do Governo e as do Tribunal, foi-lhe reduzida à competência para apreciar

[88] COSTA, op.cit., p. 127.
[89] Ibid., p. 129.
[90] Ibid., p. 155.

determinados temas que foram atribuídos exclusivamente à Justiça Militar. A concessão de várias ordens de *Habeas Corpus* contra atos e decisões dos Tribunais Militares fizeram com que o governo, por meio da edição do Ato Institucional nº 2 (outubro de 1965), alterasse a composição do Supremo, aumentando de onze para dezesseis Ministros, e nomeando cinco ministros militantes da UDN, mais adequados, portanto, à política do momento. Foram nomeados Adalicio Coelho Nogueira, (Magistrado e ex-Prefeito de Salvador), José Eduardo do Prado Kelly (Advogado, Deputado Federal e Presidente da UDN), Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello (Promotor, ex Governador da Paraíba e Deputado federal pela UDN), Aliomar de Andrade Baleeiro (Advogado e Deputado Federal pela UDN) e Carlos Medeiros Silva (Procurador Geral da República).

Tal Ato Institucional facultava ao Presidente da República a iniciativa de enviar ao Congresso projetos de Emendas Constitucionais que se não fossem obrigatoriamente votados em trinta dias, seriam aprovadas automaticamente por decurso de prazo. Estabelecia o mesmo Ato que o Presidente poderia suspender os direitos políticos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais e que estava "excluída a apreciação judicial de tais atos". Mais uma vez é cerceada a ação do Supremo Tribunal Federal, pois que em face da Constituição, tal Ato Institucional era ele mesmo inconstitucional, veja-se o artigo 141 §§3º;4º que assim declarava:

> A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.
>
> A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual.

Em novembro de 1965 a emenda Constitucional nº 16 introduz no ordenamento jurídico pátrio o controle abstrato de constitucionalidade de normas estaduais e federais. Na exposição de motivos afirma-se que se buscava introduzir novo ritmo ao STF e ao Tribunal de Recursos que estavam assoberbados com o volume de processo. Vejam-se os artigos a seguir:

> Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:
> I – processar e julgar originariamente:
> ...
> k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;
>
> Art. 124 Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância... dos seguintes princípios:
> ...

> XIII – a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município, em conflito com a Constituição do Estado.

Este "dispositivo marcaria o fim da exclusividade do modelo difuso-incidental no Direito brasileiro e a origem do sistema híbrido que perdura até hoje".[91]

Combinam-se na Carta o modelo norte–americano com o modelo europeu continental concebido por Hans Kelsen, em que se busca concentrar no Supremo Tribunal Federal a decisão última em matéria constitucional.

Esta modificação na Carta de 1946 é criticada, pois se afirma que seu intuito foi o de reduzir o "poder fiscalizador dos tribunais e juízes inferiores... concentrando-se toda a iniciativa para o início do processo de controle abstrato nas mãos do Procurador-Geral da República".[92] O Procurador-Geral poderia recusar-se a representar caso não julgasse, a seu critério, que o ato questionado fosse inconstitucional, logo o Procurador pré-julgava e impedia a apreciação pelo STF usurpando-lhe atribuição.

Neste período de vigência da carta de 1946 (vinte e dois anos), os Ministros do Supremo nem sempre se houveram ou puderam se haver com o zelo que a guarda da Carta Política exige. Pressões e arbitrariedades externas e convicções internas fizeram com que, por vezes, fossem privilegiados outros interesses que não os ditames constitucionais.

2.6 A Constituição de 1967/69 – "Os anos de exceção e arbítrio"

Com a chegada dos militares ao poder em 31 de março de 1964 iniciou-se uma série de modificações na ordem constitucional que findou por descaracterizar o texto constitucional de 1946. Ao fim do primeiro governo militar o Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, antes da entrega do poder a seu sucessor também Marechal, Costa e Silva, edita o Ato Constitucional nº 4 que atribui poderes constituintes ao Congresso Nacional e define um prazo exíguo (de 12 de dezembro de 1966 a 21 de janeiro de 1967) para que seja discutida e aprovada uma nova Carta Política. Constituição que foi promulgada em 24 de janeiro e entrou em vigor em 15 de março de 1967.

Esta Constituição tinha por pressupostos:

[91] ARANTES, op. cit., p. 95.
[92] NASPOLINI, op. cit., p. 6.

a) o sistema presidencial forte que garantiria a organização do Estado de Direito. Somente um Executivo "forte, centralizado, nacionalista e intervencionista" supriria a falta de preparo do povo para o exercício da democracia;

b) a ênfase na doutrina da segurança nacional como objetivo maior para assegurar a proteção contra as guerras revolucionárias que assolavam o continente.[93] "Os direitos e garantias dos cidadãos, assim como a liberdade de comunicação, reunião e pensamento, ficaram subordinados ao conceito de segurança nacional"[94];

Na Carta de 1967 a governabilidade é garantida pelo fortalecimento das funções do Presidente, desta forma os demais poderes têm suas competências diminuídas em posição de clara subserviência ao Executivo à semelhança do Estado Novo.

Ainda que cerceado em sua independência o Supremo Tribunal Federal decidia contra o espírito da época. Em dezembro de 1968 a Corte concedeu a ordem para libertação de 81 estudantes detidos ilegalmente desde Junho daquele ano.

Em 13 de dezembro de 1968 é editado o Ato Institucional nº 5 suspendendo-se as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade dos juízes e "excluídos de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com o Ato Institucional e seus atos complementares". Este ato sobrepõe-se à própria Constituição.

Poucos meses depois o Ato Institucional nº 6 introduz modificações na composição e na competência do Supremo, para que "reduzindo-lhes (sic) os encargos, facilitar o exercício de suas atribuições". Assim o número de ministros foi reduzido de dezesseis para onze, e é restringida a competência para julgar o *habeas corpus*, impedindo a sua apreciação originariamente, o recurso extraordinário foi limitado aos tribunais excluindo-se os juízes de primeira instância e abolindo-se o recurso ordinário nos casos de mandado de segurança denegado nos Tribunais.

Com o Ato Institucional nº6 três ministros do Supremo foram compulsoriamente aposentados: Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Vitor Nunes Leal, sendo tais vagas não providas. Um ministro renunciou solidarizando-se com os que saiam: Gonçalves de Oliveira. Alguns Ministros que se haviam aposentado em anos anteriores não foram substituídos (Lafayette de Andrada e Vilas Boas, em 1966; Pedro Chaves e Ribeiro da Costa em 1967); ou seja em menos de três (03) anos, oito (8) Ministros haviam deixado a corte e doze (12) novos foram nomeados.

[93] SOUZA JR., op. cit., p. 65-69.

[94] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 103.

"O Supremo encontrava-se em 1969 quase totalmente renovado. As vagas foram preenchidas por ministros da confiança do regime".[95]

No que tange ao Controle de Constitucionalidade a Carta de 67 trouxe poucas novidades em relação à Carta anterior (46). Foi mantida a representação para fins de intervenção com uma ampliação (art. 10º, VI).

> VI – prover a execução de lei federal.

Além desta no mesmo contexto da ação para fins de intervenção; "O Presidente da República poderá suspender o ato estadual considerado inconstitucional (art. 11 §2º), desta forma foi retirado do Senado esta prerrogativa, presente em Constituições anteriores. A previsão de um controle *in abstrato* estabelecida pela Emenda Constitucional nº16 (1965) foi abrigada no art. 119; I; "l".

> l – a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Introduziu-se também (cf. art. 119 I, "o") um mecanismo que funcionava como uma avocatória:

> Alínea "o" – nas causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido,

Esta avocatória quase que anulava a possibilidade de controle difuso da constitucionalidade e praticamente impedia que atos do Executivo Federal fossem impugnados pelos juízes e tribunais inferiores.

O Procurador-Geral da República era, à época, uma espécie de advogado da União e quando avocava um processo "fazia-o em nome do próprio Presidente da República a quem era subordinado".[96]

Há que se dizer que esta Avocatória poucas vezes chegou ao Supremo, pois havia um outro remédio previsto em legislação infraconstitucional relativa à ação cautelar (cf. lei 191/36 cc lei 1533/51 cc lei 4348/;64 art. 4º) que definia a "suspensão da segurança" quando o requerimento fosse de pessoa jurídica. Esta suspensão da segurança possuía o mesmo efeito

[95] COSTA, op. cit., p. 179.

[96] ARANTES, op. cit., p. 100.

da avocatória sem que a Corte maior tivesse que ser provocada para apreciar questão em instância única. [97]

A avocatória era portando, o poder conferido ao Supremo Tribunal Federal de, por solicitação do Procurador-Geral da República, avocar toda e qualquer causa em curso (sobre temas bastante amplos) perante qualquer outro órgão judicante. Uma vez avocada, caberia à Corte apreciar a lide como se fosse de sua competência originária.

Em 17 de outubro de 1969 a Junta Militar, que assumira o poder com o impedimento do Presidente Costa e Silva, edita uma nova Emenda Constitucional (EC nº 1) e com ela introduz profundas alterações na Constituição de 1967, dando-lhe nova redação, estas modificações foram de tal monta que muitos autores consideram esta Carta modificada uma nova Carta.

Nesta EC nº 1 buscou-se aliviar o STF da apreciação de questões, ditas menores e assim reafirmar a sua posição de cúpula do Judiciário a que estariam afetos os temas constitucionais, introduziu-se com esta Emenda o controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual de modo que a intervenção do Estado-Membro no município tivesse previsão legal (art.15,§3º, "d").

Em 1977 a Emenda Constitucional nº 7 introduz a representação do Procurado Geral da República junto à Corte com o fim de obter a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, esta interpretação definitiva visava evitar a "proliferação de demanda, com a fixação imediata da correta exegese da lei", conforme declarava a exposição de motivos publicada no Diário do Congresso (Mensagem nº81, 1976). Tal mecanismo estabelecia, de fato, um efeito vinculante da interpretação constitucional pelo STF.[98]

De observar-se ainda que a mesma EC nº 7 estabeleceu como competência do Supremo a apreciação de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade (cf. art. 119, I "p").

> Compete ao Supremo Tribunal Federal
> I – processar e julgar originalmente
> p – o pedido de medida cautelar nas representações oferecida pelo Procurador-Geral da República

A inclusão deste inciso resolveu uma polêmica sobre a competência do STF e o poder geral de cautela dos magistrados. Somente o Senado poderia suspender a execução, no todo

[97] SLAIBI FILHO, op. cit., p. 20.
[98] NASPOLINI, op. cit., p. 8.

ou em parte, de lei ou decreto declarado inconstitucional (cf art. 42,VII), logo a Corte não poderia apreciar um pedido de liminar em sede de representação de inconstitucionalidade, visto que, a concessão de liminar suspendia no todo ou em parte a execução do ato e tal suspensão era competência privativa do Senado. Criava-se então um impasse quando o pedido de liminar possuía os pré-requisitos de medida cautelar: *periculum in mora* e *fumus boni iuris* obrigando os julgadores a conceder liminarmente o direito. Tal conflito surgiu quando da fusão dos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara em razão da integração necessária entre os Tribunais de Justiça de ambos os Estados. Tal fusão dos Tribunais traria desvantagens e perdas para alguns magistrados que requereram ao Procurador-Geral da República que representasse argüindo a inconstitucionalidade de Resolução que disciplinava a unificação das carreiras tendo em vista perdas iminentes e irreparáveis e propugnaram pela urgência e conseqüente deferimento de liminar pelo Supremo Tribunal Federal (Representação nº 933, 1975).

Após muitos debates o direito foi cautelarmente concedido e a decisão teve como fundamentação o Poder geral de cautela e assim o STF "transcendeu o seu caráter de órgão jurisdicional para alcançar o patamar legislativo e, assim adentrar em tarefa que não era típica da função jurisdicional".[99] A EC nº 7/77 respaldou esta decisão da Corte, quando introduziu previsão constitucional para que se pudesse apreciar o pedido de medida cautelar nas representações do Procurador-Geral da República.

Uma outra novidade introduzida pela Emenda Constitucional em tela foi a criação do Conselho Nacional da Magistratura, um órgão disciplinar, composto por sete ministros do Supremo escolhidos por seus pares, e tendo entre suas competências aquela de receber as reclamações contra membros dos Tribunais e sendo-lhe facultado avocar os processo disciplinares contra juízes de primeiro grau.[100]

O período de vigência da Constituição 67, depois emendada em 1969, foi caracterizada pela definição material das competências da Corte referentes ao seu papel como guardião da Constituição, a Corte passa a possuir todo o instrumental necessário, houve uma importante evolução em relação à CF 46, na lista dos magistrados do período podem-se reconhecer importantes nomes da história do direito no Brasil: Evandro Lins e Silva, Aliomar Baleeiro, entre outros. Todavia a guarda ou ainda o senhorio da Constituição esteve nas mãos do Executivo que governando através de Atos Institucionais e Emendas Constitucionais, em que a vontade do Executivo afrontava o legislativo e o Judiciário. Colocando em recesso o Congresso

[99] SLAIBI FILHO, op. cit., p. 18.
[100] MARTINS FILHO, op. cit., p. 12.

ou aposentando compulsoriamente Ministros do Supremo, ou ainda retirando da competência da Corte a apreciação de temas que declarava de segurança e interesse nacional.

A Constituição de 67/69 no dizer de Emilia Viotti da Costa foi a "consolidação do autoritarismo", não só a Constituição, mas toda a ordem institucional encontrou nos ocupantes do poder um senhorio que decidia acima do próprio povo de onde "todo poder emana" e em cujo nome é exercido.

2.7 A Constituição Cidadã (1988)

Ponto alto do processo de redemocratização e restauração das instituições democráticas, a nova Carta Política foi promulgada em 05 de outubro de 1988 após 20 meses de incessante trabalho.

Convocada a Assembleia Nacional Constituinte pela Emenda Constitucional nº 26 de novembro de 1985, foi instalada em 1º de fevereiro de 1987 e foi única entre as demais Assembleias Constituintes da história constitucional brasileira: não teve por base um projeto anterior. [101]

De seu Preâmbulo depreende-se a intenção de inaugurar uma nova ordem democrática com princípios que passam a ser o fundamento do Estado Brasileiro.

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Bem declara Flávia Piovesan:

> É a primeira vez, na história constitucional brasileira, que uma Carta Constitucional, num reconhecimento implícito dos sérios problemas que afligem a sociedade brasileira – pobreza, marginalização, desigualdades sociais e regionais, discriminação...-, traça metas a serem perseguidas, objetivos fundamentais a serem alcançados.[102]

[101] SOUZA JR., op. cit., p. 79-80.

[102] PIOVESAN, op. cit., p. 41.

Trata-se de uma Carta que apresenta um Estado intervencionista comprometido com o bem estar e a justiça social, a mais democrática das constituições brasileiras.[103]

No que tange à guarda da Constituição, o período de vigência da Carta pode ser dividido em dois períodos: até 1993 e após aquele ano.

2.7.1 A consagração do controle de constitucionalidade misto ou híbrido

A nova lei Maior procura restaurar o controle de constitucionalidade como um instrumento ligado às garantias constitucionais e busca aprimorar o papel do STF como guardião da Constituição.

A composição do STF é mantida em onze (11) ministros que são escolhidos e indicados pelo Presidente da República que os nomeia após serem arguidos pelo Senado Federal em seção pública (cf. art. 52, III, a e art. 101 p. único). Ressalte-se que nas Constituições precedentes tal arguição se dava em seção secreta.

Conservou-se na nova Carta o quorum mínimo para a declaração de inconstitucionalidade (cf. art. 97) princípio denominado de "reserva de plenário":

> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos - membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Na nova Carta, a avocatória, introduzida pela EC nº 7 (art. 119, I, o CF88) deixa de existir. Dessa forma, mesmo questões importantes para o governo ("perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas") não poderão ser retiradas (avocadas) da apreciação de juízes e tribunais inferiores. Reforça-se dessa forma o sistema difuso de controle constitucional.

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com competência para velar pela legislação federal, retirou-se parte da sobrecarga da Corte que pode, então, concentrar-se prioritariamente no controle constitucional de leis e atos normativos, seja por meio do controle abstrato, que lhe é originariamente atribuído pela via da ação, que pelo controle incidental difuso que lhe chega pela via recursal. Este com efeito *inter partes* e aquele com efeitos *erga omnes*.

O controle de constitucionalidade difuso ou incidental, também chamado pela via de exceção, coexiste com o controle abstrato e concentrado, sendo verificado no curso de uma

[103] NASPOLINI, op. cit., p. 8.

ação ou medida judicial, proposta perante o poder judiciário com intuito resolver-se o conflito de interesses no caso concreto.

A ação direta de Inconstitucionalidade com objetivo de intervenção da União nos Estados-membro foi mantida a exemplo do que ocorreu em outras cartas anteriores (cf. art. 34, VII e art. 36 III).

A Ação direta de inconstitucionalidade tem o rol de legitimados ampliado, não mais se verificando a legitimação exclusiva do Procurador Geral da República como ocorria anteriormente. O artigo 103 I - IX assim se expressa:

> Podem propor a ação de inconstitucionalidade:
> I – o Presidente da República;
> II – a Mesa do Senado Federal;
> III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
> IV – a Mesa de Assembléia Legislativa;
> V – o Governador de Estado;
> VI – o Procurador-Geral da República;
> VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
> VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

O aumento do número de legitimados ativos representa importante avanço, pois o Supremo Tribunal Federal e esse sistema de controle constitucional tornam-se acessíveis a forças políticas diversas, representativas de setores chave da sociedade constituída (partidos e organizações sindicais).[104]

Com o aumento de legitimados, construiu-se jurisprudencialmente o que veio a ser denominado "pertinência temática" ou "pertinência subjetiva". O objeto da ação mantém relação de pertinência com o objeto social do requerente; a defesa do interesse e o objeto da própria ação devem manter tal relação. Destarte, observado o art.103, a jurisprudência reconhece e exige como preliminar que os legitimados explicitados nos incisos III, V e XI (Assembléia Legislativa Estadual, Governados de Estado, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) demonstrem o nexo entre o objeto da ação e os seus interesses institucionais. Os demais legitimados, definidos no art. 103 possuem legitimação universal.

A Carta Magna introduz a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 102, §2º) tendo com exemplo a Constituição Portuguesa (1976). É novidade também o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI) sem paralelo em outros ordenamentos jurídicos.

[104] ARANTES, op. cit., p. 107-108.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, enquanto o Mandado de Injunção é instrumento de controle incidental, embora também concentrado. Sempre que a inércia de um representante do poder público impedir o exercício de um direito constitucionalmente assegurado devido à não existência de dispositivo infraconstitucional, é cabível a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão em tratando-se de questionamento objetivo em abstrato; e o Mandado de Injunção se houver um caso concreto. Na ação direta o efeito da decisão é *erga omnes* e no caso do mandado de Injunção deveria ser *inter partes*, desde que o órgão inerte, notificada a sua mora, supra a lei ou ato normativo omisso que venha conferir eficácia plena ao preceito constitucional.[105]

Esses são os institutos que representam o instrumental necessário e adequado para que a Corte exerça com independência o seu papel institucional de Guardião da Constituição. O Supremo Tribunal Federal assume um papel de nova arena política, onde decisões políticas corporificadas em leis e atos normativos, passam a ser questionados em face de princípios e ditames constitucionais: consagra-se a expressão "judicialização da política".

A título de ilustração, em 1988 foram ajuizadas (11) onze ações diretas de inconstitucionalidade e em 1989 foram cento e cinqüenta e nove (159) um crescimento de mais de catorze (14) vezes. A Suprema Corte começa a ser reconhecida no seu papel de Tribunal Constitucional.

2.7.2 O período pós-1993: O STF como legislador positivo

A Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993 introduz relevantes modificações no sistema concentrado de controle de constitucionalidade. Diversos artigos da Carta de 88 tiveram suas redações alteradas.

No artigo 102, I, a introduziu-se a "Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal" acrescentando-se o §2º:

> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

[105] PIOVESAN, op. cit., p. 120-121.

Assim as decisões definitivas nestas ações de controle da constitucionalidade vinculam os demais órgãos do Judiciário e do Executivo e passam a ter efeitos *erga omnes*. Os legitimados ativos para a sua propositura são definidos no §4º do art. 103:

> § 4º Ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo - Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

O Professor Oscar Vilhena afirma que essa Emenda Constitucional nº 3 "reabriu a possibilidade de uma avocatória por parte do Supremo Tribunal Federal, desde que provocado por aquelas autoridades inscritas no §4º" do citado artigo. [106]

Há nesta Ação Declaratória de Constitucionalidade um conteúdo legislativo, um papel assumido pela Corte de legislador positivo, pois a sua decisão tem o poder de impedir que juízes e administradores públicos deixem de aplicar uma lei ou ato normativo sob alegação de afrontar a Lei Maior. É um instrumento que busca confirmar a presunção (*júris tantum)* de Constitucionalidade que possui a lei infraconstitucional.

> (...) pela ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal ganhou um poder que nem mesmo dispõe o próprio Poder Legislativo, pois este, em face da Constituição rígida, não consegue imunizar os seus atos, ainda que emenda constitucional, ao controle de constitucionalidade incidental ou concentrado.[107]

Houve ampla discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade da própria EC nº 3/93 no que tange à Ação Declaratória de Constitucionalidade. Todavia o plenário do Pretório em outubro de 1993 na Questão de Ordem suscitada pelo Relator (Ministro Moreira Alves) na ADC nº 1 – 1/DF proposta pelo Presidente da República e pela Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, reconheceu incidentalmente a constitucionalidade do instituto declarando ainda a sua aplicabilidade imediata sem necessidade de lei que regulamentasse seu procedimento. [108]

Com essa Ação Declaratória, afirma–se o papel político do Supremo, permitindo-lhe suspender e impedir o questionamento de constitucionalidade difuso e incidental nos demais órgãos do Judiciário. A Corte tem seus poderes aumentados para assegurar a governabilidade, pois uma vez reconhecida a constitucionalidade de determinada norma, essa torna-se imune a qualquer contestação por parte dos cidadãos no âmbito do Judiciário.

---

[106] VIEIRA, op. cit., p. 135.

[107] SLAIBI FILHO, op. cit., p. 23.

[108] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1 – 1/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 05 de novembro de 1993. *Diário da Justiça*, [Brasília, DF], seção I, p. 23286.

> A Ação Declaratória de Constitucionalidade abre espaço para que se estabeleça uma cooperação entre governo e STF. A perda da legitimidade política de um ato, decorrente de uma inconstitucionalidade ainda não declarada, pela instância ultima do Judiciário, mais já fortemente contestada pelas instâncias inferiores pode ser reparada por uma manifestação do STF, emprestando a sua autoridade de órgão encarregado pela Guarda da Constituição, com objetivo de legitimar referido ato e ao mesmo tempo afastar do Judiciário o seu controle por intermédio da via difusa.[109]

A Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade foram regulamentadas pela lei 9868 de 10 de novembro de 1999. Essa lei introduz uma novidade quanto aos efeitos da decisão definitiva quando considerado o lapso temporal.

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Respeitadas as condições em que se deu a votação (dois terços dos membros) e a critério dos julgadores, em função da segurança jurídica ou "excepcional interesse social", o ato declarado inconstitucional sairá do ordenamento em três possíveis momentos:

a) a partir do trânsito em julgado da decisão, são considerados nulos todos os atos que tenham sido, a qualquer tempo, praticados sob égide da norma declarada conflitante com a Lei Maior, ou seja tal norma é expurgada do ordenamento desde o seu nascimento (efeito retroativo – *ex tunc*)

b) a partir do trânsito em julgado da decisão, o ato inconstitucional deixa de ter eficácia e vigência e é retirado do ordenamento, restando para traz seus efeitos perfeitamente válidos ainda que lastreados em norma que afrontava a lei maior (efeito *ex nunc*)

c) a partir do trânsito em julgado da decisão, será fixado um momento a partir do qual a lei ou ato normativo já declarado inconstitucional deixe o ordenamento jurídico. Ou seja, mesmo declarada a inconstitucionalidade do ato, esse permanece no ordenamento, gerando seus efeitos até que, chegada a data marcada (fixada), seja tido por definitivamente inconstitucional.

Contraria-se a mais pacífica das doutrinas tão claramente definida por Celso Bastos: "Toda norma infringente da Constituição é nula, irrita, inválida e inexistente"[110], e se é inexistente, nunca existiu, seus efeitos e conseqüências são nulos desde sempre até mesmo

[109] VIEIRA, op. cit., p. 136.

[110] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: C. Bastos, 2002. p. 389.

por que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (cf. art 5º, II).

A segurança jurídica e a governabilidade sobrepõe-se à supremacia da Carta Magna cujo guardião é o Supremo Tribunal Federal, que com fulcro nessa lei pode, a seu talante, manter, por tempo determinado, uma norma inconstitucional como parte integrante do ordenamento.

Da forma como foram regulamentados a AdIn e a ADECon pela lei 9868/99, avança-se no sentido de reforçar-se o controle de constitucionalidade concentrado em detrimento do sistema difuso.

Cite-se ainda a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) prevista no texto constitucional (art.102 §1º) e somente depois regulamentada pela lei 9882/99, ou seja, permaneceu latente no texto da Carta por mais de onze (11) anos.

A ADPF soma-se, então, aos demais mecanismos de controle de constitucionalidade pela via da ação, visando tutelar, de forma específica, a supremacia dos preceitos fundamentais da Lei Maior. Nasce com a mesma legitimidade da Adin (art. 103, I). A definição ou conceituação de preceito fundamental não é ainda pacífica na doutrina, sendo algumas vezes equiparado aos princípios e outras vezes aos princípios e às regras.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes assim preceitua:

> Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.[111]

O ministro Carlos Velloso declara que "os preceitos fundamentais não são apenas os princípios fundamentais inscritos nos artigos 1º a 4º da Constituição".[112]

A ADPF é ação subsidiária a ser utilizada quando não houver outro remédio eficaz.

> § 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

[111] MENDES, Gilmar Ferreira. Repertório de Jurisprudência. *IOB,* São Paulo, n. 5, 2001.

[112] VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 12, mar. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 set. 2003. p. 4.

O objeto da ADPF encontra seu fundamento em controvérsia que advenha de lei ou ato do poder público emanado por qualquer dos entes federativos (União, Estados ou Municípios) e também de institutos anteriores à presente Carta (cf. art. 1º p. único inciso I).

Dessa forma resolvem-se duas questões importantes para a guarda da Constituição:

a) a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal que agora pode ser argüida diretamente no Supremo.

b) a questão da inconstitucionalidade superveniente, que devido à construção jurisprudencial carecia de um instrumento específico que reclamasse a manifestação expressa da Corte Maior.

A exemplo da AdIn e a AdeCon, os efeitos da decisão no julgamento da ADPF serão *erga omnes* e vinculantes para os demais órgãos do poder público (cf. art. 10 §3º) sendo que o efeito da decisão no tempo sofre das mesmas mazelas já vistas na lei 9868/99 (cf. art. 27) ou seja os efeitos podem ser restritos.

Assim se expressa o Ministro Carlos Mário Velloso:

> O artigo 11 é também inovador e se inspira na Constituição portuguesa de 1976: ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, na argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderia o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.[113]

É preocupante que um Ministro do Supremo com vasta experiência repute como inovador o efeito de uma decisão que permite que a supremacia da Carta seja aviltada, sua supremacia diminuída, pois que a situação pode ser tal a permitir que subsista inserido no ordenamento, uma lei ou ato normativo reconhecidamente inconstitucional, mas que gere todos os seus efeitos, até que chegue a data definida para que seja expelido do ordenamento.

Mais preocupante ainda que o nominado Ministro afirme em seu discurso de apresentação do referido instituto (ADPF):

> O Supremo Tribunal Federal deverá, ao construir a doutrina da argüição de descumprimento de preceito fundamental, debruçar-se sobre essa disposição legal. É que, praticamente, sempre existirá, no controle concentrado ou difuso, a possibilidade de utilização de ação ou recurso a fim de sanar lesão a preceito constitucional fundamental. Então, se o Supremo Tribunal Federal der interpretação literal, rigorosa, ao § 1º do art. 4º da Lei

[113] VELLOSO, op. cit., p. 8.

> 9.882/99, a argüição será, tal qual está ocorrendo com o mandado de injunção, posta de lado. De outro lado, o Supremo Tribunal Federal, na construção da doutrina dessa argüição, deverá proceder com cautela, sob pena de consagrar, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal, inclusive dos atos anteriores a esta. E isto o constituinte não quis nem seria suportável pelo Supremo Tribunal, dado que temos mais de cinco mil municípios.[114]

Como proteger e garantir a Constituição permitindo subsistir ato lesivo a ela própria?

O período pós-governo militar, vivido já na vigência da Carta de 88, foi para o STF um tempo de grandes contradições, advindas, principalmente, da necessidade de incorporar rapidamente ao seu papel de Guardião da Constituição, muitos instrumentos novos. Instrumentos que exigiam uma linha coerente de interpretação e que não possuíam uma doutrina pacífica. Situação vivida em um contexto de reafirmação das instituições democráticas e de reconstrução do próprio Estado Democrático de Direito.

Os milhares de ações e recursos (160 mil só em 2002), que chegaram à Corte indicam a "popularização do poder judiciário". [115]

Os Ministros não envidaram esforços para a prestação jurisdicional; cumpriam seu papel inseridos em um ambiente de ingentes e rápidas mudanças políticas, com uma Constituição que dependia da elaboração de mais de duzentas (200) leis complementares e ordinárias para assegurar-lhe eficácia plena.[116]

O ferramental disponível para o exercício da Guarda da Constituição contém imperfeições:

a) AdIn por Omissão: a declaração de mora do legislativo não é suficiente para que a lei faltante seja elaborada.

b) O Mandado de Injunção – devido ao viés do *leading case* (MI 107) foi erroneamente equiparado à AdIn por omissão. [117]

c) As decisões em AdIn e ADECon têm efeitos tais que permitem manter a lei inconstitucional válida e aplicável, gerando todos os seus efeitos, até que seja retirada do ordenamento (cf. art. 27 da lei 9868/99) o mesmo ocorrendo com os efeitos da decisão em ADPF (cf. art. 11 Lei 9882/99).

[114] VELLOSO, loc. cit.

[115] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *O Supremo Tribunal Federal Revisitado.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 21.

[116] PIOVESAN, op. cit., p. 45.

[117] PINTO, Tácito L. Maranhão. *O Mandado de Injunção:* trajetória de um Instituto. São Paulo: LTr, 2002. p. 52.

É importante dizer que uma "Constituição democrática não é uma obra acabada; é elaborada por seres humanos e assim participa de suas grandezas e de suas limitações".[118]

Depois de sua promulgação, a Carta recebeu mais de quarenta (40) emendas, o que ocasionou um "desmantelamento das molduras constitucionais de Estado consagradas pela Constituição de 1988. (...) O excessivo ímpeto de reforma da Constituição tem esvaziado e mitigado a força normativa da Carta de 1988 (...)". [119]

É em meio a este momento histórico de mudanças rápidas e profundas, que o Supremo Tribunal Federal quer guardar a Constituição e procura fazê-lo com o instrumental de que dispõe, com o esforço e responsabilidade de uma Instituição mais que centenária.

3. A guarda e o guardião da Constituição

Analisando a polêmica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, e percorrida a história da guarda e do guardião da Constituição no Brasil, propõe-se agora ler essa história sob a ótica da polêmica.

Schmitt dizia não ser possível outro guardião que não aquele personagem legitimamente eleito: o Chefe do Executivo.

Kelsen defendeu o estabelecimento de um Órgão independente dos demais Poderes e composto de doutos no direito que zelariam pela guarda da Constituição; isto é, este Órgão independente seria o Guardião da Constituição.

A polêmica se dá tendo como pano de fundo o controle concentrado, que para Kelsen era claro, mas para Carl Schmitt era quase que impensável, pois que, segundo seu conceito, o Judiciário só aprecia o Direito *post factum*, somente quando aplicado ao caso concreto.

No Brasil o controle concentrado somente adentrou plenamente na ordem constitucional, a partir da EC 16/65 como acréscimo à Carta de 1946. Mas entra em um contexto histórico de controle meramente difuso introduzido pela CF 1891 e fundamentado no sistema Norte Americano. Ressalve-se, como já dito, que o modelo americano não foi introduzido em sua plenitude (faltou-lhe o instituto do *stare decisis)*, problema sanado em parte na Carta de 1934, quando é atribuída ao Senado a competência de suspender a efetividade de norma declarada inconstitucional, o que traz efeitos *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade.

[118] SOUZA JR., op cit., p. 88.
[119] PIOVESAN, op. cit., p. 51-52.

O modelo austríaco é introduzido em um ambiente em que esse conceito de controle abstrato era estranho; ademais, o controle jurisdicional de constitucionalidade no direito estrangeiro, visava preponderantemente coibir os abusos do legislador. No Brasil, porém, é sabido que o executivo sempre teve poderes exacerbados, seja o Imperador, que os militares que ao longo da história ocuparam a chefia do Executivo.

Sob a chancela de preocupações com a estabilidade e a segurança institucional e também com a governabilidade, desde a primeira Constituição Brasileira, foi dado poder ao Executivo que o fizeram também legislar primeiramente por meio de Decretos-Lei e depois utilizando-se dos Atos Institucionais e agora pelas Medidas Provisórias.

Não vai longe o tempo em que os Decretos-Lei nasciam com força de lei e eram aprovados por decurso de prazo. Mecanismos perversos, que introduziam no Ordenamento Jurídico, leis que afrontavam e afrontam a Carta Política, ameaçando o próprio Estado Democrático de Direito.

Veja-se então com mais detalhes as questões da Guarda e do Guardião da Constituição ao longo da história constitucional brasileira.

No Brasil Império o guardião era o próprio legislativo o que há é um controle político (cf. art.15, VIII):

> É da atribuição da Assembléia Geral:
>
> VIII – fazer lei, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las.

O Supremo Tribunal de Justiça não possuía essas atribuições de proteção da Carta. Seus membros, quase todos bacharéis por Coimbra, eram Juízes de Relações e se ocupavam de Recursos de Revista.

O Legislativo e o próprio Judiciário eram Poderes menores; tanto um como outro dependiam do beneplácito do Imperador. O Legislativo (Assembleia Geral) zelava pelo ordenamento jurídico dependendo da sanção do Soberano, e o Supremo Tribunal de Justiça possuía Juízes que podiam ser removidos ou aposentados a critério do Imperador.

É nesse ambiente que os militares, com apoio de parte da classe política, proclamam a República.

A primeira Constituição da República adota o modelo difuso de controle de constitucionalidade. Cria-se o Supremo Tribunal Federal com 15 juízes, a serem escolhidos pelo Presidente e nomeados após a aprovação do Senado (cf. art. 48, 12º e art. 56). Esses

Ministros ganham vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos. A Corte é definida como competente para apreciar em última instância a contestação da validade das leis e dos atos de governos dos Estados em face da Constituição Federal. (art. 59 §1º, b).

O Executivo, como já visto, ameaça constantemente não só a existência e independência da Corte, mas os próprios Ministros.

Com a Constituição de 1934 consolida-se a República. Os indicados para serem Ministros do Pretório deveriam ter "notável saber jurídico". Introduziu-se o Mandado de Segurança e o *Habeas Corpus* teve a sua utilização melhor definida. Atribui-se a competência ao Senado para suspender "no todo ou em parte" o ato declarado inconstitucional pelo poder Judiciário, de modo que o efeito da decisão do Judiciário alcançasse a todos (Art. 91, IV).

Com a introdução de ação declaratória de constitucionalidade do ato que declarava a intervenção da União nos Estados-Membros, acena-se com uma aproximação ao Controle de Constitucionalidade por ação objetivo e concentrado (Art. 12, §2°).

Embora com sensíveis avanços no período de vigência desta Carta, o Executivo desrespeitou a autonomia e independência da Corte ao chamar para si a nomeação do Presidente e do Vice-Presidente do Pretório.

O período em que a Carta de 1937 esteve em vigência, foi dos tempos mais negros da história constitucional brasileira: o chefe do Executivo sobrepôs-se a tudo e a todos; o Legislativo foi emudecido (cf. art. 178):

> São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas do Estado e das Câmaras Municipais.

O Supremo Tribunal Federal é chamado a guardar uma Carta ilegítima, fruto de reflexão de gabinete, outorgada pela força. As decisões de inconstitucionalidade de ato normativo de qualquer espécie podiam ser desfeitas, e o foram, até mesmo por intermédio da edição de Decretos-Lei (art. 96, p. único).

Nesse período, os mecanismos de guarda da Constituição foram muito enfraquecidos por um poder Executivo hipertrofiado que agia sob pretexto de zelar pelas instituições democráticas protegendo a Nação do "perigo vermelho".

A declaração de Estado de Sítio em várias ocasiões, impediu uma ação livre, objetiva e independente da Corte.

O Ato Institucional nº 1 (Art.11) excluía da apreciação judicial atos decorrentes dele próprio, em afronta à própria Carta que afirmava o princípio do acesso ao Judiciário.

Já na década de 60 o STF perde parte de sua competência para Tribunais Militares e, quando alguma decisão foi contrária aos "donos do poder", o Executivo fez aumentar o número de Ministros, nomeando adicionalmente Ministros mais "afinados" com o momento político (AI 2 art. 6º e art.8º).

Os últimos anos de vigência da CF 1946 foram difíceis para o Supremo Tribunal Federal, pois devia proteger uma Carta que estava sendo constantemente mutilada pelo Poder Executivo vejam-se os Atos Institucionais e as Emendas Constitucionais editadas até 1965.

A Emenda Constitucional nº 16 de 1965 trouxe para o ordenamento jurídico pátrio formalmente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, atribuindo assim, formalmente, competências de Corte Constitucional ao Supremo Tribunal.

Pressões externas e convicções internas não permitiram que os mecanismos de guarda da Carta fossem efetivos e que o papel de Guardião pudesse ser exercido plena e eficazmente neste período histórico das atividades da Corte.

O período que se segue (1967-1988) caracteriza-se preponderantemente por tempos de exceção e arbítrio. Governa-se por meio de Atos Institucionais. Ministros do Supremo são compulsoriamente aposentados. Em 1969 a Corte estava quase que totalmente renovada em sua composição, vários dos membros eram pessoas de confiança do Regime.

Quanto aos mecanismos de Guarda da Carta, manteve-se, ao menos formalmente, os instrumentos da CF 46, mas criou-se a avocatória (cf. art. 119, I, o) em que o Procurador Geral de República requisitava ao Supremo que chamasse para si questões cuja constitucionalidade estivessem sendo questionadas nas instâncias inferiores.

O Procurador-Geral agia em nome do próprio Presidente da República, que quando se sentisse ameaçado, por questionamento de seus atos em face da Lei Maior, em ações nas instâncias inferiores, podia fazer chamar para o Supremo a apreciação da questão. Supunha o Executivo, que no âmbito da Corte Suprema poderia mais facilmente ter uma decisão que lhe fosse mais favorável.

Em 1967 a EC nº 7 estatui a possibilidade e faculdade do Procurador Geral da República de representar junto ao STF com intuito de obter a interpretação de lei ou ato normativo em face da Constituição, o que criava um efeito vinculante para as decisões das demais instâncias.

Iniciou-se assim, com a interpretação conforme e a avocatória, um processo de enfraquecimento do Controle Constitucional pelo sistema difuso, processo que tem se intensificado após a Constituição de 1988, como se verá.

Nesse período, a força do Executivo, manifesta por intermédio dos Atos Institucionais, inibiu a Guarda da Constituição. Esse foi um tempo em que, em função da doutrina da Segurança Nacional, o conceito de Pátria falava mais alto, em detrimento do conceito de Estado de Direito. Elio Gaspari cita que em determinada repartição policial, havia um quadro com uma frase emblemática que bem traduzia o período: "Contra a Pátria não existem Direitos."[120]

O que se pode concluir então, sobre a proteção da Carta Maior, neste período?

Com a Constituição Cidadã (1988) rompe-se com a ordem passada. O País retoma o caminho da democracia, busca-se a consolidação do Estado de Direito e as liberdades individuais.

O Controle de Constitucionalidade se define como caracterizadamente misto: mantendo-se o controle difuso pela via incidental e o modelo concentrado pela via de ação.

A criação do Superior Tribunal de Justiça para apreciar as questões de legalidade de atos normativos frente à legislação federal, aliviou a Suprema Corte que pôde assumir competências de Tribunal, prevalentemente, Constitucional.

A Carta define os instrumentos para que a Corte exerça seu papel de Guardião da Constituição.

Afrontas à Carta Magna por ação ou por omissão podem ser enfrentadas por meio da Ação Direta de Constitucionalidade. O não exercício de direito constitucional subjetivo por falta de norma regulamentadora, característica de omissão legislativa, é objeto do Mandado de Injunção, que pode ser interposto, por qualquer pessoal.

O rol de legitimados ativos nas ações de constitucionalidade é aumentado, democratizando-se assim o acesso a mais alta corte. (cf. art 103, I a IX)

Em 1993 novo instrumento de provocação do controle concentrado de constitucionalidade é criado com a Emenda á Constituição n° 3, de 17 de março de 1993, que institui a figura da ação declaratória de constitucionalidade (ADECon). Esta emenda altera a redação do artigo 102, a, I acrescenta ao §2° a Ação Declaratória:

[120] GASPARI, Elio. A *Ditadura encarcerada*. São Paulo: Companhia da Letras, 2002. p. 17.

> I – processas e julgar originariamente
>
> a) a ação ..... e a ação declaratória de constitucionalidade...
>
> § 2° As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

O instituto vem à Carta Magna a partir dos estudos pioneiros realizados pelos eminentes juristas Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes, então Advogado Geral da União.

Na motivação para sua implantação encontra-se o desejo do governo de constituir um instrumento eficaz para atribuir á renovada produção legislativa, principalmente aquela que traz impactos sobre a chamada "governabilidade", um certo caráter de estabilidade e observância obrigatória perante as instâncias inferiores do Poder Judiciário.

A experiência com as reiteradas derrotas governamentais através principalmente da "avalanche de liminares" concedidas por todo o país, na maioria das vezes contrárias aos seus interesses, acabaram por induzir o governo de então à criação deste novo instrumento.

Com a facilidade de acesso à Justiça, garantida pela "Constituição Cidadã" qualquer pessoa pode fazer valer seus direitos e garantias perante o Judiciário e contra o Estado, e o fato evidente de isto implicar, como ainda implica, numa conseqüente multiplicação desordenada de decisões judiciais conflitantes, muitas das quais desfavoráveis aos interesses governamentais, impôs-se a necessidade de inovar criando-se um mecanismo de observância obrigatória para os demais órgãos judiciários e administrativos. Um mecanismo visando claramente reforçar o controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal enfraquecendo o controle difuso realizado incidentalmente pelos outros juízos e tribunais, evitando decisões conflitantes em temas constitucionais.

Ficam assim impedidas as demais instâncias do Judiciário de apreciar incidentalmente matéria declarada constitucional pela Corte.

Importante observar que o número de legitimados para proposição desta Ação é reduzido (compare-se os legitimados do art.103 *caput* àqueles do §4º do mesmo artigo).

Um instrumento polêmico, alvo ele próprio de questionamento quanto à sua constitucionalidade e sobre que o próprio Dr. Ives Gandra Martins, um de seus criadores declararia mais tarde:

> (...) instrumento tendente a suprimir garantias fundamentais, como o acesso ao Judiciário, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além de exterminar a função jurisdicional enquanto tal e ofender o princípio da separação de funções entre os Poderes da República, sendo, outrossim, incompatível com nosso sistema jurídico, inspirado pela presunção de validade da lei e do ato administrativo.[121]

A Associação de Magistrados Brasileiros ajuizaram uma ADIn (913 –3) arguindo a constitucionalidade da EC nº 3, questionando a própria ADECon, o Supremo extinguiu a ação sem julgamento do mérito declarando a falta de legitimidade *ad causam* da Associação de Magistrados, alegando o principio da pertinência temática. Ateve-se a Corte a aspectos meramente formais de uma construção jurisprudencial questionável e assim decidiu com intuito de garantir a governabilidade.

Assim pontua Oscar Vilhena: "A ação declaratória de constitucionalidade abre espaço para que se estabeleça uma cooperação entre Governo e STF".[122]

Em 1998 duas leis regulamentam as Ações Direta de Inconstitucionalidade e a Declaratória de Constitucionalidade (Lei 9868) e a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (lei 9882) a primeira estende à ADIn o efeito vinculante e o torna *erga omnes*, extrapolando o texto constitucional, tornando-o mais abrangente do que é, e isto através de lei complementar o que é por si só inconstitucional. Já a lei n. 9882 regulamenta a ADPF, instituto original da CF88 e que somente 11 anos após a promulgação da Carta é que é regulamentado. Esta ferramenta permite o controle de constitucionalidade não apenas de ato normativo (genérico e abstrato), mas sim de qualquer ato do poder público que não possua outro instrumento processual (caráter subsidiário da ADPF) que permita questionar-lhe a constitucionalidade, aqui se incluem entre outros: a lei municipal, a sentença judicial e o ato normativo vigente antes da atual Carta (inconstitucionalidade superveniente).

Desta forma o Executivo interfere diretamente não no exercício do papel do Guardião da Constituição, mas na criação de um instrumento de Guarda da Carta.

Ressalte-se, porém, que a ADECon foi poucas vezes utilizadas e que nos mais de dez anos passados poucas forma ajuizadas, veja-se a tabela a seguir:

Ações Declaratórias de Constitucionalidade -- 1993 a 05/2004

[121] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.) *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 123.

[122] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal:* jurisprudência política**.** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 136.

	TOTAL
Distribuídas	9
Procedentes	2
Não Conhecidas	3
Tramitando	4

ref. Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (STF)

E quanto à ADPF até maio de 2004 somente 51 ações deste tipo haviam chegado ao Supremo Tribunal Federal.

O quadro está completo: o guardião possui instrumentos definidos para que exerça o seu papel de Guarda da Lei Maior. Todavia, em um país onde o Executivo, desde os primórdios da República, sempre influenciou tanto a guarda como guardião da Constituição, não consegue, mesmo em tempos de democracia, se furtar ao papel, que nunca lhe pertenceu, de influir nesta tarefa institucional de proteger e tutelar a Carta Magna. Por outro lado, o Guardião da Constituição, acostumado ao longo da história Republicana, a uma posição de independência apenas relativa, não poucas vezes, voluntária ou involuntariamente, submete-se ao Executivo.

4 À Guisa de Conclusão: nem Kelsen Nem Schmitt!

As ideias de Hans Kelsen, de que a supremacia da Constituição deveria ser garantida por um órgão jurisdicional soberano e independente, influenciaram, a partir de Carta de 1934, a história constitucional do Brasil.

Foi naquela Constituição que se introduziram as primeiras linhas do controle abstrato, em sede concentrada, de lei que declarasse a intervenção da União em um Estado membro da Federação.

Não se pode dizer que no Brasil a Corte Maior tenha, ao longo da sua história, exercido a sua função de Guardião da Constituição com soberania, independência e transparência.

Não se quer fazer a menos da capacidade de Ministros que foram e são luminares do Direito, nem se quer macular a história de uma das mais tradicionais instituições da história Republicana. A proposição é ler a história da Corte sob a ótica dos conceitos de Hans Kelsen e de Carl Schmitt.

4.1 Uma Corte sobrecarregada

Na história recente, a sobrecarga de trabalho da Suprema Corte, por si só, já seria fator impeditivo para que onze Ministros exercessem com tranquilidade a Guarda da Constituição.

As competências da Suprema Corte vão muito além da Guarda da Carta (cf. art. 102), pois além de ser esta sua principal atribuição, o STF é também órgão de cúpula do Poder Judiciário, e possui competências originária e recursais, sendo esta última subdividida em ordinária ou extraordinária, conforme definido na própria Carta:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> I – processar e julgar, originariamente:
>
> *a)* a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
>
> *b)* nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice--Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
>
> *c)* nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
>
> *d)* o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
>
> *e)* o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
>
> *f)* as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
>
> *g)* a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
>
> *h)* a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente;
>
> *i)* o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam

sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da - autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas - Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II – julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se - denegatória a decisão;

b) o crime político;

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

§ 1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente - desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Citem-se ainda as seguintes competências:

a) o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III);

b) a audiência do Procurador Geral da União (art. 103 §1º), e

c) a citação do Advogado Geral da União (art. 103 §3º),

A Constituição de 1988 ampliou a possibilidade de acesso à Justiça, haja vista que o art. 5º, inciso XXXV – "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Ampliou-se o escopo e abrangência do direito lesado ou ameaçado, pois que as Cartas anteriores se referiam apenas a "direitos individuais" (grifo nosso). Este fato trouxe para o âmbito do Judiciário, de forma muito mais ampla e democrática, toda e qualquer espécie de lide, que chegam ao Supremo Tribunal pela via recursal, pois devido à própria natureza da Carta, quase todos os temas da vida em sociedade podem, em algum momento da lide, levar a um pré-questionamento de aspectos constitucionais.

Veja-se a seguir os casos que tiveram que ser apreciados pela Suprema Corte: [123]

> FURTO DE GALINHAS
>
> O camponês gaúcho João José Rambo afirma que foi condenado injustamente, sob acusação de furto de cinco galinhas, "três gordas e duas magras", em 3 de junho de 1996. Diz que ficou preso por 11 meses, até anular a condenação. Argumenta que foi vítima de erro judiciário e quer indenização do Estado do Rio Grande do Sul por danos morais. Perdeu nas outras instâncias. Recorreu ao STF
>
> SUMIÇO DE JAQUETA NA LAVANDERIA
>
> A professora Adriana Santos de Andrade processa uma lavanderia de Guarujá por perda de uma jaqueta, que havia pego emprestado de uma amiga e entregue na loja em 2000. A sentença ordena o pagamento de indenização de R$ 550, e o STF julgará um recurso da lavanderia.

[123] FREITAS, Silvana de. STF Julga de roupa sumida à mordida de cão. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 fev. 2004. p. A14.

DEFEITO EM APARELHO DE AR CONDICIONADO

Um aparelho de ar condicionado do casal Carlos Joaquim Ignácio Cardoso e Rosana Maria Diniz Cardoso, do Rio de Janeiro, estourou quando o técnico o reinstalava, em 12 de março de 2002. O casal alega que teve despesas com lavagem do carpete e da roupa de cama e pintura do teto, além de aborrecimentos. Condenada a pagar 14 salários mínimos (R$ 3.360) por danos morais e R$ 421,80 por danos materiais, a loja de assistência técnica recorreu ao STF.

MORTE DA CADELA PRETINHA

A agente de investimentos Marta Heloísa Baltazar de Almeida processa a Prefeitura de Belo Horizonte por causa da captura de sua cadela, chamada Pretinha, pela carrocinha, em 1997, e da morte do animal. Ela quer que o STF assegure indenização de R$ 50 mil por danos morais

MORDIDA DE CACHORRO

O advogado de Porto Alegre Marco Aurélio Beirão contesta, no STF, sentença em que foi condenado a pagar indenização à vizinha Rosa Maria Espíndola Wolf porque o seu cachorro a teria mordido. Ele contesta a prova de que a mordida foi de seu cão

BRIGA ENTRE CÃES

A médica do Rio Grande do Sul Carmem Heberle foi processada por uma vizinha e condenada a pagar multa por causa de briga entre os cachorros das duas, em um condomínio onde moram. Heberle contestou a validade da sentença por falta de laudo de veterinário sobre a periculosidade do seu animal, mas o recurso foi arquivado pelo STF em 2000 por impossibilidade de reexame das provas.

A quantidade enorme de feitos que chegam ao STF pode ser avaliada na tabela a seguir, que mostra os números apurados após a promulgação da Carta até abril de 2004.

Movimentação STF	**TOTAL**
Processos Recebidos	832.874
Processos Distribuídos	708.039
Julgamentos	749.262
Acórdãos publicados	156.709

(fonte BNDPJ – STF)

O jornal "Folha de São Paulo" menciona estes números de forma jocosa, noticiando o encerramento das atividades do Supremo no primeiro semestre de 2004:

> "Ouro Olímpico – O semestre terminou no Supremo Tribunal Federal com o Ministro Marco Aurélio em primeiro lugar no *ranking* informal de número de processos solucionados: 7531 ou um a cada meia hora. Em segundo lugar ficou Sepúlveda Pertence, com 6847."[124]

Veja-se a afirmação do Ministro Almir Pazzianoto Pinto sobre esta situação:

> "Matérias processuais civis e penais, questões tributárias federais, estaduais, municipais, problemas trabalhistas, litígios comerciais e societários, conflitos de competências, além dos temas constitucionais, convertem a mais elevada das instâncias em órgão revisor de julgados de todas as espécies e naturezas, oriundos de tribunais estaduais ou federais. Debite-se à avalanche de recursos e ações submetidas ao Supremo ao fato de se aceitar como salutar a existência de três e até quatro graus de jurisdição reexaminando causas repetitivas, de jurisprudência conhecida e sedimentada.

A morosidade atribuída ao STF resulta decisivamente do volume de feitos, acima da capacidade de trabalho do ser humano. "[125]

Não pode um tal Tribunal exercer de forma efetiva a sua função máxima de guardião da Constituição. As muitas tarefas, o volume de processos, recursos, agravos e pedidos de reconsideração impedem à Corte dedicar-se, como propugnava Kelsen, à guarda da Carta Política.

Observe-se que no período de outubro de 1988 a abril de 2004 foram distribuídas pouco mais de 3200 ações de natureza constitucional (ADIn, ADIn por Omissão, ADCon e ADPF), números inexpressivos quando comparados com a quantidade de quase 1 milhão de feitos submetidos à apreciação da Corte. "Efetivamente, o alarmante número de processos no STF inviabiliza-o como Corte Constitucional".[126]

Idéias várias no âmbito da Reforma do Judiciário poderiam desafogar o Supremo e permitir-lhe ocupar-se "precipuamente da guarda da Constituição". Veja-se algumas, que não são mutuamente excludentes e poderiam, ser combinadas :

a) atribuição ao STF de competência exclusivamente constitucional;

b) previsão de súmulas inibitória de recursos;

[124] PAINEL. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 5 jul. 2004, p. A4.

[125] PINTO, Almir Pazzianoto. A trombeta de Gedeão. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 6 nov. 2003. p. A2.

[126] LIMA, Francisco Gérson Marques. *O Supremo Tribunal Federal*: *na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001. p. 58.

c) centralização do processamento e julgamento de ações coletivas;

d) súmula de efeito vinculante;

e) reintrodução da argüição de relevância, que permitisse à Suprema Corte selecionar, a exemplo da Corte Americana, as causas passíveis de exame jurisdicional.

O professor Joaquim Falcão assim coloca esta questão da sobrecarga do Pretório:

> Quinze anos depois da Constituição de 1988, o melhor dos esforços do Supremo não lhe permite julgar todos os processo que lhe batem à porta. Ao ter que julgar o que não é necessariamente relevante, deixa de julgar o verdadeiramente importante. Prejudica o país. É hora de aperfeiçoar a Constituição, com base na experiência.[127]

4.2 Um Executivo que Legisla

A Constituição de 1988 nasceu sob a crítica do então Presidente da República que acusara a Constituição de representar um fator de ingovernabilidade[128].

Carlos Chagas escrevendo no Jornal da OAB (out.1998 p.6) assim se expressava: "...durou pouco a lua de mel do Brasil com a sua Constituição. O primeiro a atirar pedras sobre ela foi o primeiro a jurá-la, o então Presidente José Sarney que a acusou de tornar o país ingovernável."[129]

Era necessário encontrar caminhos que permitissem a governabilidade, na nova Carta as Medidas Provisórias representavam este instrumento, como se verá.

Na história republicana do Brasil sempre houve um desequilíbrio entre os Poderes. O Executivo tem prevalecido sobre os outros poderes (Legislativo e Judiciário).

Embora a Carta atual tenha procurado reduzir este desequilíbrio, foi mantida a capacidade legislativa do Executivo por meio das medidas provisórias (de inspiração Italiana) e que substituíram os Decretos-lei das Cartas anteriores. A Medida Provisória, prevista no artigo 62 nasce com força de lei e nem sempre com a qualidade necessária para ingressar no ordenamento jurídico. Ainda que a previsão constitucional imponha os requisitos ou pressupostos de "relevância e urgência", poucas vezes foram estes questionados pelo

[127] FALCÃO, Joaquim. Repercussão Geral *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 abr. 2004, p. A3.

[128] LIMA, op. cit., p. 97.

[129] ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Os dez anos de Constituição Federal, o Poder Judiciário e a Construção da Democracia no Brasil. *Cadernos Adenauer*. Rio de Janeiro: 1999, Debates n. 20, p. 5.

Supremo Tribunal Federal. Em verdade a previsão de edição de Medidas Provisórias representa um verdadeiro poder legislativo cautelar atribuído ao Executivo.

"Em função da perversão do instituto da medida provisória, que passou a ser mecanismo corriqueiro para a realização da vontade do Executivo, que simplesmente desconsiderava os requisitos de "relevância e urgência" para que medidas provisórias pudessem ser adotadas, a jurisprudência do Supremo demonstrou-se tímida. Muito embora alguns Ministros tenham reiteradamente argumentado em favor da necessidade de se controlar os pressupostos autorizadores das medidas provisórias, a maioria do Tribunal vinha assegurando uma esfera ampla de discricionariedade de Presidente da República."[130]

A Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001 procurou diminuir a discricionariedade do Presidente na edição de medidas provisórias impondo limites materiais e formais.

Desde a promulgação da Constituição de 1988 (outubro) até a edição da EC nº32, com quatro presidentes e cinco mandatos a tabela abaixo mostra resumidamente:

	Sarney	**Collor**	**Itamar Franco**	**FHC 1994-98**	**FHC 98-2002**	**TOTAL**
originárias	125	89	142	160	103	619
reeditadas	22	70	363	2449	2587	5491
Aprovadas e convertidas em lei	96	74	71	130	98	473

(fonte : Casa Civil da Presidência da República)

Após a EC nº 32 ainda no Governo Fernando Henrique Cardoso foram publicadas mais cento e duas (102) MP´s e transformadas em lei cinqüenta e nove (59).

Quando era Senador, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso em um famoso artigo ("Constituição ou Prepotência") criticando o uso indiscriminado das Medidas Provisórias pelo então Presidente Collor assim se expressou :

> (...) ou o Congresso põe ponto final no reiterado desrespeito a si próprio e à Constituição, ou então é melhor reconhecer que no País só existe um Poder

[130] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 166.

> de verdade, o do Presidente. E daí por diante esqueçamos também de falar em democracia.

Embora o então Senador fosse contrário ao uso exagerado das medidas provisórias, em seus dois governos (1994 – 2002), foi responsável por quase 6.000 (seis mil) reedições de medidas provisórias.

Entre fevereiro de 2003 e abril de 2004, o Congresso Nacional transformou em lei setenta e três (73) projetos; dos quais sessenta e sete (67), ou 91,7%, eram de iniciativa do Poder Executivo. E cinqüenta e três (53) eram medidas provisórias.

Nos primeiros dezoito (18) meses de governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva foram editadas um total de 95 medidas provisórias, das quais 77 foram transformadas em lei, 16 continuam tramitando, uma foi revogada e uma rejeitada.

A lei n. 10110 de dezembro de 2001 que regulamenta a participação dos empregados nos lucros e resultados das Empresas, dando eficácia plena ao artigo 7º XI foi fruto de uma Medida Provisória que foi reiteradamente reeditada durante sete (7) anos. Tal procedimento agora não é mais possível dentro de uma mesma sessão legislativa (Art. 62 § 10).

A multiplicidade de reedições inviabilizou durante muitos anos o exame das Medidas Provisórias pelo Congresso e seu controle de Constitucionalidade pelo Pretório.

Em julgamento da ADIn que questionou a constitucionalidade da reedição de Medidas Provisórias o ministro Celso Mello afirmava que a Constituição não poderia ficar "à mercê de questões conjunturais ou mesmo, submetidas à vontade dos poderes constituídos..." [131] mesmo com posições como esta a atuação do Supremo nesta questão da reedição de Medidas Provisórias foi, e tem sido, muito tímida.

4.3 Uma Constituição que muda

Deve-se enfrentar, no âmbito deste trabalho, a questão da Guarda de uma Constituição que muda e que muda com muita freqüência. Quando se compara, *mutatis mutandis*, a Carta Brasileira com aquela Norte-Americana vê-se a diferença. A Carta Norte Americana tem uma estabilidade notável, em mais de 200 anos de existência, com seus sete artigos, divididos em seções e com apenas 25 emendas a ela acrescentadas desde 1789. A tarefa dos ministros da Suprema Corte Norte Americano é mais simples do que aquela dos Ministros no Brasil, pois

[131] VIEIRA, op. cit., p. 165.

que desde 1988 já se produziram seis (6) Emendas Constitucionais de Revisão e mais quarenta e três (43) Emendas Constitucionais ditas normais.

A Carta Política, que deveria ser respeitada e protegida por todos, tem sido, desde sua promulgação, acusada de impedir a governabilidade do País.

Esta argumentação tem justificado a tarefa do Poder Constituinte Derivado que ao longo dos mais de 15 anos desfigurou e descaracterizou a Constituição. O que sem dúvida torna difícil a função de zelar por ela.

A Constituição foi promulgada em outubro de 1988 com duzentos e quarenta e cinco (245) artigos e um Ato das Disposições Constitucionais Transitórias com setenta (70) artigos, perfazendo portanto, trezentos e quinze (315) artigos.

A própria Carta, embora rígida, estabelece o processo para sua própria alteração impondo limites materiais e formais ao Poder Constituinte Derivado. (Art. 59-60). E prevê que após cinco (5) anos de vigência haveria uma Revisão Constitucional (art. 3º ADCT).

A Revisão Constitucional foi tímida. Foram aprovadas somente seis (6) Emendas Constitucionais de Revisão que acrescentaram três artigos ao ADCT e modificaram quatro artigos da Constituição (art. 12; 14; 82; e 55). As ECR´s foram publicadas de março a junho de 1994.

Mas, ainda antes desta Revisão Constitucional prevista, menos de quatro anos após a sua promulgação e depois da edição pelos Presidente José Sarney e Fernando Collor de mais de cento e cinquenta (150) medidas provisórias, iniciou-se o processo de emenda à Constituição.

A começar pela EC nº1, de abril de 1992 e já somam quarenta e três (43), algumas das quais tiveram o condão de desfigurar a própria Carta, trazendo novo conteúdo para temas de grave importância. (p.ex . Reforma Administrativa e Reforma da Previdência).

Com as Emendas foram acrescentados artigos, quer à Constituição, seis (6): art. 29 A, 149 A, 246, 247, 248, 249 e 250; quer ao ADCT onde foram acrescentados já vinte e três novos artigos.

Veja-se a tabela a seguir:

	Acréscimo de artigos	**Artigos modificados**
Constituição	6	139

ADCT	23	8

Note-se cento e trinta e nove (139) dos duzentos e quarenta e cinco (245) artigos originais foram modificados, sendo que alguns artigos foram várias, e seguidas vezes, mudados. O artigo 37 teve dezenove (19) alterações e inclusões e o artigo 62 teve treze (13).

Aspectos importantes da ordem constitucional vão sendo modificados, gerando insegurança para os próprios poderes constituídos e para o povo. A Constituição que por sua natureza já era "compromissória, analítica e dirigente" e no dizer do Professor Luís Roberto Barroso[132]: "casuística e prolixa", vai perdendo o seu tíbio fio condutor, e a menos de um núcleo duro (as cláusulas pétreas) , vai ser tornando uma colcha de retalhos, que através de suas muitas modificações vai atendendo aos reclamos daqueles que temporariamente ocupam as posições chave da Nação e que crêem que não podem governar com a Constituição como ela é. Não se está a falar aqui, nem ao menos, em Guarda da Constituição mas sim, de senhorio sobre ela.

É difícil, se não impossível, a Guarda de uma Constituição que está sempre a apresentar uma nova face.

Já se começa a falar em uma nova Constituinte, pois já se propôs uma Emenda Constitucional convocando uma Assembleia Constituinte Revisora para 2007.[133]

4.4 O sistema de indicação de Ministros

Na primeira Constituição (1824) era o Imperador quem escolhia e nomeava os Ministros do Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal que não tinha entre suas competências a proteção da Constituição, vez que era o legislativo que exercia esta função.

A partir da primeira Constituição Republicana era o Presidente quem indicava os Ministros que após a aprovação do Senado eram nomeados (art. 48 nº 12)

A indicação pelo Presidente guardava um pressuposto de que seria possível influenciar as decisões da Suprema Corte, pois não poucas vezes o chefe do Executivo aposentou compulsoriamente Ministros (como no Governo Vargas) ou aumentava o número de Ministros

[132] BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição Brasileira de 1988. In: _____. *Temas de Direito Constitucional.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11-12.

[133] COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma nova Assembléia Constituinte. *Valor Econômico*, São Paulo, 18 set. 2003. Política, p. A4.

(como no Governo Militar – AI nº 2) de modo que os novos nomeados fossem-lhe mais favorável em suas decisões.

> O Supremo Tribunal Federal tem, teoricamente, uma natureza jurídica, sendo seus membros escolhidos pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal para exercerem um mandato vitalício. Devido ao superdimencionamento do Poder Executivo no Brasil, o STF sofre uma influência avassaladora por parte do Presidente da República, tornando-se um órgão mais adstrito à questões políticas do que às jurídicas. O Chefe do Executivo nomeia os ministros que lhe convêm, sem interferência do Senado.[134]

De certa forma, identifica-se a tendência de enfraquecer o controle de constitucionalidade pelo sistema difuso, por vários modos, entre os quais:

a) a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

b) os efeitos *erga omnes* e vinculante nas decisões em ADIn e ADCon (cf Lei 9868/99)

c) e a própria proposta de efeitos vinculantes constante da Reforma do Judiciário.

Este tendência de concentração do controle de constitucionalidade encerra o pressuposto de que trazendo para o âmbito do Pretório estas questões, será possível, através da decisão de apenas onze Ministros, que em sua grande maioria, já ocuparam cargos no Executivo e no Legislativo, ou que prestaram serviços à União (Procuradores e Advogados Gerais), alcançar decisão mais rápida e favorável ao Governo.

A própria mídia aponta para esta tendência; veja-se os comentários a seguir:

a) A respeito da indicação do Advogado Geral da União (Dr. Gilmar Ferreira Mendes) para uma vaga de ministro da Suprema Corte:

> O ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF) terá muito trabalho para convencer os colegas de que seus votos não visam a agradar ao presidente Fernando Henrique Cardoso, que o indicou para a Corte. Ontem, o presidente do STF, Ministro Marco Aurélio de Mello, discursava sobre a inadimplência dos Executivos em relação aos precatórios, quando foi interrompido por Mendes, que disse que a União estava em dia: 'Ouço com atenção o ex-advogado geral da União", respondeu Mello. 'Isso são fatos', retrucou Mendes. 'A União pode estar em dia, mas não estão os estados, municípios e, principalmente esta autarquia', replicou Mello,

[134] AGRA, Walmor de Moura. Reflexões sobre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Constitucional Alemã (Recurso Extraordinário x Verfassungsbeschwerde). Disponível em: <http://www.asces.com.br/direito/revista_fadica/reflexoes_corte_alema_2.pdf>. Acesso em: 15 maio 2004.

> referindo-se ao fato de os ministros estarem 'encampando' o calote oficial.[135]

Os comentários do então presidente do Tribunal parecem indicar que, mesmo entre os membros do Pretório, existe certa desconfiança sobre possível vinculação dos ministros com aqueles que os indicaram ou com os órgãos de que são oriundos.

b) a respeito da votação de Proposta de Emenda Constitucional que alteraria redação do art. 192 ("juros de 12% a.a.). "A tradição do STF diz que, dificilmente, os ministros indicados por um presidente da República votam contra o governo em processo relevantes"[136]

c) sobre a apreciação de ADIn contra a lei que estabelece a taxação dos inativos, comentando-se adiamento da Seção por falta de quorum no STF :

> No Senado Federal, corria a versão de que o adiamento foi uma manobra orquestrada pelo presidente eleito do Supremo, ministro Nelson Jobim, a fim de aguardar a posse como ministro do tribunal do jurista Eros Grau – indicado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva. A estratégia aumenta, em tese, as chances de vitória do governo no processo.[137]

Sobre o tema da Taxação dos Inativos é importante dizer que de 1995 a 1999 a iniciativa desta cobrança foi quatro vezes derrotada, três vezes no Congresso, com forte oposição do Partido dos Trabalhadores, e uma vez no STF que julgou a lei inconstitucional. O País vive novos tempos: a oposição se tornou governo e, aparentemente, a indicação de ministros é instrumento para que o governo se viabilize e que suas decisões sejam consideradas constitucionais.

> A nomeação de três novos ministros do STF (Supremo Tribunal Federal) é vista pelo governo como oportunidade de neutralizar os riscos de obstáculos judiciais a projetos de seu interesse, particularmente as reformas previdenciárias e tributárias...[138]

O presidente da Associação Nacional dos Magistrados assim se posicionava: "Assim é que, no Brasil, a partir do STF, os membros dos tribunais são nomeados pelo chefe do Poder

[135] CALOTE. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 1,2,3 nov. 2002, Nomes & Notas, p. A2.

[136] BASILE, Juliano. Votação é desnecessária, dizem ministros do STF. *Valor Econômico*, São Paulo, 1 abr. 2002. p. A5.

[137] OPINIÃO, *Gazeta Mercantil.* São Paulo, 21 maio 2004, p. A2.

[138] ALENCAR, Kennedy; FREITAS, Silvana. Indicações podem reduzir oposição às duas reformas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2 maio 2003. p. A7.

Executivo, prerrogativa que extrapola os limites do controle recíproco e atenta contra a independência judicial."[139]

Fábio Konder Comparato, comentando pronunciamento do Presidente da República sobre o fato de que o país tem leis e que estas devem ser respeitadas por todos, afirmava que acima da lei há a Constituição e que esta tem sido "violada por todo os governos que se sucederam a partir de 5 de outubro de 1988." , assim pontua a inter-relação que pode haver entre o Presidente da República e os possíveis indicados a Ministro do Supremo :

> A tudo isso (e a muitas outras normas constitucionais que, citadas, encheriam todas esta página) o presidente da República e seu ministro da Fazenda provavelmente responderão, instruídos (quem sabe?) por algum candidato a ministro do Supremo Tribunal Federal, que o respeito aos direitos fundamentais de caráter social está submetido ao princípio da 'reserva do possível'.[140]

Bem resume Mangabeira Unger a situação de interdependência que se forma entre os vários Poderes decorrente do sistema de indicação de Ministros do Supremo Tribunal Federal:

> Querem enfraquecer o poder mais fraco e vigiar o poder menos corrupto. Em vez de impor novo sistema de controle dos juízes, convém destruir o sistema de controle que já existe.
>
> O controle externo sobre o Judiciário no Brasil funciona da seguinte maneira. O presidente da República escolhe os ministros do Supremo Tribunal Federal entre seus compadres ou entre os amigos de seus amigos. O Senado Federal, abdicando sua responsabilidade constitucional, carimba essas indicações. E a sociedade, bestificada, desinformada e desinteressada, omite-se. O resultado é que, com extraordinárias exceções, a corte dirigente, a que as outras se subordinam (e mais subordinadas ficariam com as "súmulas vinculantes"), compõe-se tradicionalmente de bacharéis politiqueiros, conformados com sua própria pequenez. Nesse deserto de idéias e de virtudes, qualquer doutrinador retrógrado impressiona e intimida seus pares.
>
> Sob esse regime, o presidente degola o terceiro Poder e lhe dá cabeça postiça, mais disposta a agradar do que a resistir e antever. A conseqüência é impedir o surgimento de Judiciário capaz de avanços que despertem entusiasmos e antagonismos na sociedade. Daí o desinteresse generalizado pelas indicações presidenciais, fechando círculo vicioso que torna sempre atual a constatação de ser o Judiciário o Poder que mais faltou à República.[141]

[139] MELLO FILHO, Hugo. Declarações impensadas. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 28 abr. 2003. p. A3.

[140] COMPARATO, Fabio Konder. Quem fomenta a desordem? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 abr. 2004. Tendências/Debates, p. A3.

[141] UNGER, Roberto Mangabeira. Libertar os juizes. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 6 abr. 2004. p. A2.

As críticas são constantes e estão a demonstrar que, ainda que o sistema de escolha dos Ministros possa implicar em uma possível influência de quem indica sobre os indicados, não é possível dizer que o Executivo use deste expediente com o intuito de guardar a Constituição. O objetivo maior tem sido aquele de garantir um conceito, abstrato e pouco preciso, a que se tem chamado de governabilidade. Atender anseios do povo tem sido o pretexto de se legislar atabalhoadamente utilizando-se de medidas provisórias ou emendas constitucionais eivadas de nulidades e incompatíveis com a Carta Maior. Mais do que guardar a Constituição o Executivo a avilta alegando necessitar instrumentos para Governar. Não era isto que propugnava Schmitt, Hitler também não guardou a Constituição, asserviu-se dela, interpretou-a a seu talante, mudou-a, desprezou-a e por fim sobrepôs-se a ela.

Kelsen pensara em um órgão independente de qualquer outra autoridade estatal e que guardaria a Constituição tendo sobre esta guarda o monopólio. Este tribunal teria uma jurisdição puramente constitucional e diverso de um Supremo Tribunal que possuísse também outras atribuições e competências e que buscaria assegurar o respeito à Lei Magna em todos os âmbitos.

> Pero desde ahora conviene precisar que un tribunal constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada afuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Un tribunal supremo o, incluso, la cámara constitucional de un tribunal supremo, pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son tribunales constitucionales. [142]

A considerar tal conceito verifica-se que o Brasil possui uma jurisdição constitucional, mas não um Tribunal Constitucional.

A Constituição Federal de 1988 está órfã. Somente ela zela por ela mesma através das cláusulas pétreas. Há apenas este núcleo rígido que só poderá ser alterado por uma nova Constituição.

A realidade brasileira mostra a existência de um Executivo hipertrofiado que apenas formalmente possui "o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição" (art. 78) sendo que suas ações ao longo da história têm, poucas vezes, demonstrado de forma prática o cumprimento deste compromisso solene.

[142] FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 13-14.

A realidade mostra também que o Supremo Tribunal, como amplamente demonstrado nos capítulos anteriores, não consegue, a não ser em poucas e emblemáticas vezes, guardar "precipuamente a Constituição."

A instabilidade e falta de segurança jurídica somente não é maior graças a um sem número de juízes das instâncias inferiores que continuam a guardar a Constituição negando provimento a ações cujo fundamento sejam leis que afrontem a Carta. É pelo modelo difuso, cada vez mais enfraquecido, que a Constituição vai sendo preservada.

O cidadão comum não tem ficado totalmente desprotegido por causa da atuação corajosa de muitos juízes de instâncias inferiores e de tribunais que, zelando pela Constituição, afastam da aplicação qualquer ato contrario à Carta. Homens e mulheres que, longe do centro do poder, sofrem menos influência e no caso concreto não têm permitido a ofensa à Lei Maior.

E se é por este modelo, dito, americano que a Carta vai sendo, dentro do possível, preservada, pode-se afirmar que neste País não vingaram nem as idéias e modelos de Schmitt nem aquelas de Kelsen.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walmor de Moura. Reflexões sobre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Constitucional Alemã (Recurso Extraordinário x Verfassungsbeschwerde). Disponível em: < http://www.asces.com.br/direito/revista_fadica/reflexoes_corte_alema_2.pdf >. Acesso em: 15 maio 2004.

AIDAR, Carlos Miguel. Democratizando as indicações ao Supremo Federal. *Folha de São Paulo,* São Paulo, 26 abr. 2003. Opinião, p. A-3.

ALENCAR, Kennedy; FREITAS, Silvana. Indicações podem reduzir oposição às duas reformas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2 maio 2003. p. A7

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp; Sumaré; Fapesp; Educ: 1997.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição Brasileira de 1988. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASILE, Juliano. Votação é desnecessária, dizem ministros do STF. *Valor Econômico*, São Paulo, 1 abr. 2002. p. A5.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: C. Bastos, 2002. p. 389.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o estado total e o guardião da constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, p. 196-201, jan./jun. 2003.

BOECHAT, Leda. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis.* 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil.* 3. ed. Brasília: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1 – 1/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 05 de novembro de 1993. *Diário da Justiça*, [Brasília, DF], seção I, p.23286.

CADERNOS ADENAUER. O terceiro poder em crise: impasses e saídas. Rio de Janeiro: P. L. Kegel, ano 3, n. 6, 2002.

CALOTE. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 1,2,3 nov. 2002, Nomes & Notas, p.A2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição***.** Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

CARMO, G. T. do. *A defesa da constituição pelos poderes constituídos e o ministério público*. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/justitia/doutrinas_civeis.htm>. Acesso em: 22 set. 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.* 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Medidas provisórias.* 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política? Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 12, mar. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_12/DIALOGO-JURIDICO-12-MARCO-2002-INOCENCIO-MARTIRES-COELHO.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A constituição alemã de 1919*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>. Acesso em: 22 set. 2003.

_____.Quem fomenta a desordem? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 abr. 2004. Tendências/Debates, p. A3.

COSTA, Emília Viotti da. O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania. São Paulo: IEJE, 2001.

COUTO,Cláudio Gonçalves. Uma nova Assembléia Constituinte. *Valor Econômico*, São Paulo, 18 set. 2003. Política, p. A4.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *O Supremo Tribunal Federal Revisitado.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 21.

FALCÃO, Joaquim. Repercussão Geral *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 abr. 2004, p. A3.

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

FERREIRA, Abenor G. Judiciário. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 6 jun. 2003. Painel do Leitor, p. A3.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda . *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa.* 13ª. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1988.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da constituição*: *algumas notas e preocupações*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Direito Constitucional: teoria da constituição, as constituições do Brasil. São Paulo: Forense, 1976.

FREITAS, Silvana de. STF Julga de roupa sumida à mordida de cão. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 fev. 2004, p. A14.

GASIO, Guillermo. Estudio preliminar. In: KELSEN, H. *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos, 1995. p. XIX-XX.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Derrotada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. A *Ditadura encarcerada*. São Paulo: Companhia da Letras, 2002.

HECK, Luís Afonso. O controle normativo no Direito Constitucional brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v.800, p. 57-64, jun. 2002.

HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt: Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 86, p. 195-227, out./dez. 1994.

JORGE, Álvaro Amaral de F.C. P. The branch and the bench: a discussion about the appointments for the Brazilian Supreme Court. Harvard Law School, [2002].Trabalho não publicado.

KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Wer soll der Hütter der Verfassung sein?, in Die Justiz. Monatsschrift f. Erneuerung d. Deutschen Rechstswesen, Heft 11-12 tomo 6, Grünewald W. Rotschild: Berlin, 1931. p. 576-628.

KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? Madrid: Tecnos, 1995.

KOERNER, Andrei. *O Poder Judiciário na Constituição da República.* São Paulo, 1992. 246 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

KREBS, Fernando A. et al. *A reforma do poder judiciário***.** Curitiba: Juruá, 1998.

LAGO, Laurenio. Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: dados biográficos (1828 –2001). 3. ed. atual. Brasília: STF, 2001.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

LIMA, Francisco Gérson Marques. *O Supremo Tribunal Federal*: na crise institucional brasileira. Fortaleza: ABC, 2001.

LULL, Juan Manuel Lopez. Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes. Madrid: Tecnos, 1999.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito.* São Paulo: Max Limonad, 2001.

MALISKA, M. A. *Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/justitia/doutrinas_civeis.htm>. Acesso em: 22 set. 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.) *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. *Revista Jurídica Virtual [da] Presidência da República [da] Subchefia para Assuntos Jurídicos*, Brasília, n. 5, set. 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em: 10 set. 2003.

MELLO FILHO, Hugo. Declarações impensadas. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 28 abr. 2003. p. A3.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Repertório de Jurisprudência. *IOB,* São Paulo, n. 5, p.__, 2001.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 12, n. 87, p. 87-93, ago. 2002.

MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen:* vida y obra. México: UNAM, 1976.

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. Controlo da constitucionalidade em Portugal. In: GARCIA BELAUNDE, D.; SEGADO, F. Fernández (Coords.). *La jurisdicion constitucional em iberoamercia*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 861-896.

MÜLLER, M. S.; CORNELSEN, J. M. *Normas e padrões para teses, dissertações e monografias*. 5. ed. atual. Londrina: Eduel, 2003.

NASPOLINI, Samuel Dal Farra. *Controle constitucional e evolução política brasileira:* de garantia democrática a intrumento do autoritarismo. Disponível em: <http://geocities.yahoo.com.br/profpito/controlenaspolini.html>. Acesso em: 15 dez. 2003.

NEQUETE, Lenine. O poder judiciário no Brasil a partir da independência. Brasília: STF, 2000.

OPINIÃO, *Gazeta Mercantil.* São Paulo, 21 maio 2004, p. A2.

PAINEL. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 5 jul. 2004, p. A4.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra as omissões legislativas.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PINTO, Tácito L. Maranhão. *O Mandado de Injunção:* trajetória de um Instituto. São Paulo: LTr, 2002. p. 52.

PINTO, Almir Pazzianoto. A trombeta de Gedeão. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 6 nov. 2003. p. A2.

REALE, Miguel. O risco é inerente à democracia. In: MOTA, Lourenço Dantas (coord.). *A história vivida*. v. 3. São Paulo: OESP, 1981. p. 322-345.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Os dez anos de Constituição Federal, o Poder Judiciário e a Construção da Democracia no Brasil. In *A Constituição Democrática e o Poder Judiciário.* Debates n. 20. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 1999.

SANTOS, Claudio Luiz dos. *A composição do STF.* Disponível em: <www.neofito.com.br/artigos/art01/juridi38.htm>. Acesso: em 09 ago. 2003.

SCHMITT, Carl. A revolução legal mundial: superlegalidade e política. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 42, 1997.

_____. La defensa de la constitución. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Teoria de la constitución.* Madrid: Alianza Editorial, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Napoleão Nogueira da. *O Controle de Constitucionalidade e o Senado.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SIMÕES, Teotônio. *Os bacharéis na política*: *a política dos bacharéis.* 1983. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teotonio.org/teses/bach36.htm>. Acesso em: 25 de jul. 2002.

SIMON, Helmut. *La Jurisdiciòn Constitucional.* In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HIEDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do controle de constitucionalidade.* Disponível em: <http://www.nagib.net/>. Acesso em: 15 dez. 2003.

SOUZA JR., Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil.* Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

_____.O tribunal constitucional como poder. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, a Lei e a Justiça: a discussão dos obstáculos ao acontecer da constituição. In: *Demandas sociais e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Edumisc, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional.* São Paulo: C. Bastos, 1998.

UNGER, Roberto Mangabeira. Libertar os juizes. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 6 abr. 2004. p. A2.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 12, mar. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 set. 2003.
VELLOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato.* 3. ed. Padova: CEDAM, 1991.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal:* jurisprudência política**.** São Paulo: Malheiros, 2002.

Pós Escrito. Julho 2010

Este trabalho foi escrito em 2004 sob a orientação precisa da Profa. Dra. Flávia Piovesan; seu interesse e nível de exigência quanto à forma e o conteúdo foram de grande valia. A orientação foi dela e merece todo o reconhecimento e gratidão, a redação foi minha e assumo a total responsabilidade por quaisquer imprecisões. A Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), com seu ambiente que incentiva o estudo e a pesquisa, desafiou-me a enfrentar este tema e procurei fazê-lo da melhor maneira.

Passaram-se seis anos. Há que se perguntar quão atual permanecem as ideias expostas e o debate que podem suscitar. A questão do Guardião da Constituição nascido das discussões das idéias de Hans Kelsen e Carl Schmitt é história, e assim gravada, permanece. Um órgão independente protegerá a Constituição, estabelecerá os parâmetros e princípios à sua interpretação? Ou será o Executivo, ou aquele que está no poder, que a guardará? Na ordem jurídica pátria, a exemplo de praticamente todas as nações, é o STF que tem este papel constitucionalmente definido. Mas a história do Brasil como nação, história esta refletida nas Constituições que tivemos, mostra a influência do poder central (ou Poder Executivo) no exercício deste papel de Guardião da Constituição por parte da Corte Suprema. Tal influência está presente hoje e desde a primeira Constituição (1824) na forma como são indicados (ou nomeados) os juízes desta Corte.

Assim, também esta discussão sobre como são indicados os Ministros, explicitada no recorte que fiz analisando todas as Constituições Brasileiras e também a história da Suprema Corte, conservam sua atualidade.

À guisa de atualização do tema recorde-se duas indicações recentes e polêmicas: a do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, (falecido em maio de 2009) que entrou no STF na vaga do Ministro Sepúlveda Pertence, aposentado em 2007. O Ministro Menezes Direito nunca escondeu a sua opção religiosa católica conservadora, foi sobre isto inquirido durante a Sabatina no Senado Federal. Iniciou sua carreira como advogado, depois, pelo Quinto Constitucional, chega ao Tribunal de Justiça no Rio de Janeiro e após alguns anos chega ao STJ (1996). Nascido em 8 de setembro de 1942 e indicado para o STF em 2007, a imprensa relata a

pressa para que fosse nomeado antes de completar 65 anos (idade limite prevista no art. 101 CF88); de fato é indicado em 29 de agosto de 2007, sabatinado poucos dias depois e assume como Ministro em 05 de setembro de 2007, três dias antes de completar 65 anos. Que interesses e que pressa justificavam tal indicação, a sétima feita pelo atual Presidente da República nos seus 5 anos de governo? O Ministro Menezes Direito participou da discussão e decisão sobre duas questões emblemáticas: a constitucionalidade da lei que previa experimentos com células-tronco embrionárias e a questão fundiária que envolvia a Reserva Indígena da Raposa Serra do Sol. Enfermo, veio a falecer antes de completar dois anos no STF. Para seu lugar é indicado um advogado, relativamente jovem (então com 41 anos): José Antonio Dias Toffoli, graduado em 1990 (FDUSP), trabalhou como consultor jurídico junto ao Departamento Nacional dos Trabalhadores Rurais da CUT Nacional (1993-1994), atuou depois como Assessor Parlamentar da Liderança do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados (1995). Foi advogado do mesmo partido nas Campanhas Presidenciais (1998, 2002 e 2006), assessorando o candidato à Presidência. Com a chegada do partido ao poder torna-se Subchefe de Assuntos Jurídicos da Casa Civil de 2003 a 2005 durante a gestão do Ministro José Dirceu; quando a Ministra Dilma Roussef assume a Casa Civil, Dias Toffoli é exonerado. Em 2007 é convidado pelo Presidente a assumir a Advocacia Geral da União (AGU) e é então indicado em setembro de 2009 para o STF, a oitava indicação do atual Mandatário. Em Carta Aberta do Ministério Público à população brasileira, assim se comentava a indicação:

> O notório saber jurídico é requisito fundamental imposto pela Constituição, o qual precisa ser comprovado como condição prévia para aprovação do nome indicado para Ministro do STF. Como é que, sem aprovação em concurso público, sem doutorado, sem mestrado, sem especialização alguma, sem publicação de livros, o Presidente da República poderá justificar o favoritismo de Toffoli para sua indicação ao cargo vitalício de Ministro do STF?

Não foi necessária nenhuma justificativa, a biografia do indicado e os "acertos" no Senado fizeram com que por maioria absoluta seu nome fosse aprovado e Dias Toffoli assume em 23 de outubro de 2009.

Proximamente o Ministro Eros Grau atingirá a idade limite (70 anos, que completa no dia 19 de agosto) e o atual Presidente fará a sua nona indicação. As pesquisas eleitorais indicam que há possibilidade de que o Partido dos Trabalhadores tenha ao menos mais quatro anos na Presidência da República. Dos onze Ministros até o final do ano serão nove os nomeados no atual Governo, cujo candidato poderá vencer as eleições presidenciais.

Os dados e fatos falam por si, a manter a atualidade da argumentação histórica e fática utilizadas, quanto à questão da Guarda da Constituição, conforme apresentada nesta Monografia.

O Legislativo se move, ainda que timidamente, para propor alguma mudança no sistema de indicação de Ministros para a Suprema Corte; há várias Propostas de Emenda Constitucional. Para agilizar o trâmite, as várias PEC´s foram agrupadas na PEC nº 434/09 de autoria do deputado Vieira da Cunha (PDT/RS) e de iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros que tem como relator o deputado Martins Cardoso (PT/SP). Até o momento foram analisados os requisitos formais que recebeu parecer favorável, devendo a CCJ discutir o mérito da matéria.

Finalmente, afirmei que uma das outras razões porque o Supremo Tribunal não pode exercer em sua plenitude seu papel de Guardião da Constituição é a quantidade de processos que devem ser analisados (julgados) pelos onze Ministros. Os números citados na Monografia são espantosos quando comparados com outros países. Em recente entrevista à revista VEJA de 07 de julho de 2010 (p. 17, 20, 21, edição 2172 ano 43 nº27), o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso declara que "há um volume desnecessário de trabalho no Judiciário provocado, sobretudo pelas grandes empresas e pelo governo", que o fato de termos uma Constituição analítica (com mais de 200 artigos e mais de cinqüenta emendas) faz com que praticamente qualquer tema, lide ou feito possa ser levado ao STF. Atualmente cada Ministro tem que julgar cerca de dez mil ações em um ano. Tais números fazem com que, no dizer do Ministro, transfere-se "a responsabilidade do julgamento para os analistas".

O Ministro comenta que a súmula vinculante, introduzida pela EC 45/04, (art. 103A CF88) ainda não trouxe o impacto esperado, pois em quase cinco anos de vigência, foram geradas apenas trinta e uma Súmulas. E embora o "filtro" da Repercussão Geral, constante da mesma EC45/04, tenha permitido uma queda desde 2007 em cerca de quarenta por cento no número de casos que chegam ao STF, "ainda assim são mais de 120.000 (cento e vinte mil) processos por ano".

Feitos estes comentários, concluo que a Monografia se conserva atual, reitero meus agradecimentos à ESDC pela possibilidade de oferecer a um público mais amplo estas reflexões e é meu desejo que sirva de insumo para a discussão deste tema tão importante para o Brasil e a sua afirmação definitiva como autêntico e legítimo Estado Democrático de Direito.

Tácito L. Maranhão Pinto